Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuchs

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde an der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Alexander Sieben

von Zürich

BARGEZZI & LUMINATI · BERN 1943

Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuchs

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde an der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Alexander Sieben

von Zürich

BARGEZZI & LUMINATI · BERN 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. Juli 1943 auf Antrag von Prof. Dr. Delaquis als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Teil. Allgemeines

§ 1. *Das Geheimnis, insbesondere das Berufsgeheimnis* 7
§ 2. *Rechtspolitische Erwägungen und gesetzestechnische Möglichkeiten* 12

II. Teil. Die Regelung des Berufsgeheimnisses im schweiz. StGB.

1. Abschnitt. *Entstehung des Art. 321* 31

2. Abschnitt. *Inhalt des Art. 321* 42
§ 1. *Das Rechtsgut* 42
§ 2. *Die geheimhaltungspflichtigen Personen* 46
§ 3. *Die Berufsausübung* 66
§ 4. *Anvertrauung und Wahrnehmung* 69

3. Abschnitt. *Der Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses* . . 72
I. Der objektive Tatbestand 72
II. Der subjektive Tatbestand 76
III. Versuchte Verletzung des Berufsgeheimnisses 76

4. Abschnitt. *Voraussetzungen und Folgen der Strafbarkeit* 78
§ 1. *Der Strafantrag* 78
§ 2. *Strafen und Massnahmen* 81

5. Abschnitt. *Die straflose Offenbarung des Berufsgeheimnisses*
§ 1. *Die Einwilligung des Berechtigten* 83
§ 2. *Die Bewilligung der vorgesetzten Behörde* 89
§ 3. *Zeugnis- und Auskunftspflicht* 96
§ 4. *Weitere Strafausschliessungsgründe* 99

Schlussbetrachtung 107

Literaturverzeichnis 109

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0021

I. TEIL

Allgemeines

Das Hauptstück dieser Arbeit besteht in der Besprechung der vom eidgenössischen Strafgesetz getroffenen Regelung des Berufsgeheimnisses, welche sich in Art. 321 StGB. findet. Vorher soll ein Abriss über den Begriff des Geheimnisses und speziell des Berufsgeheimnisses gegeben werden. Dieser Erörterung schliesst sich die Darlegung verschiedener rechtspolitischer Erwägungen und gesetzestechnischer Möglichkeiten an. Durch den damit vermittelten Ueberblick über die Materie soll eine Grundlage für die richtige Einschätzung der im Strafgesetz erfolgten Ordnung des Berufsgeheimnisses geschaffen werden.

§ 1. Das Geheimnis, insbesondere das Berufsgeheimnis

Unter einem Geheimnis versteht man dreierlei.[1]) Zunächst bezeichnet man als Geheimnis das Objekt, welches geheim ist, dann den Zustand des Geheimseins einer Tatsache und endlich das Wissen einer Person um eine geheime Tatsache. Für uns ist davon auszugehen, dass das Geheimnis der Zustand des Geheimseins einer Tatsache ist. Weiter unten erfolgt die Begründung dafür, dass weder das geheime Objekt noch das Wissen einer Person um dieses Objekt Gegenstand des strafrechtlichen Geheimnisschutzes ist.[2]) Der Zustand des Geheimseins bezieht sich auf Tatsachen. Tatsachen sind alle Realitäten, gleichgültig welcher Art, gleichgültig, ob sie sich in der Innenwelt des Menschen oder in der Aussenwelt abspielen. Dies ergibt sich daraus, dass wir nicht nur sinnlich direkt wahrnehmbare Ponderabilien als Tatsachen ansehen. Selbst Unwahrheiten haben Tatsachenqualität[3]), denn sie sind in einem Vorgang begründet, welcher sich im Menschen abspielt.

---

[1]) Lehmann S. 15.

[2]) Vgl. unten, S. 45.

[3]) BE 45 II 543 ff: « L'inexactitude de l'affirmation n'exclut pas la violation du devoir de discrétion ... si par devoir professionnel le médecin doit garder le silence sur des faits exacts, à plus forte raison a-t-il l'obligation de ne pas apporter les faits controuvés dont la révélation s'ils n'étaient vrais, impliquerait la violation du secret professionnel. » Vgl. ferner BE 44 II 325.
Comtesse in Schweiz. Ztschr. f. Strafrecht 1942 S. 258 verlangt, dass hinter dem Geheimnis eine Tatsache stecke, vielleicht nur eine in der Zukunft liegende, wahrscheinliche Tatsache, aber keine Lüge. Der Unterschied, welchen Comtesse zwischen einer Lüge und einer zukünftigen « wahrscheinlichen Tatsache » macht, ist nicht berechtigt. Es kommt hier eben auf den Augenblick der Aeusserung an. In diesem Momente ist die Lüge so wenig wie das in der Zukunft liegende « Wahrscheinliche » eine Tatsache, sofern man die Terminologie von Comtesse anwendet.

Erst recht stellt die Aeusserung von Unwahrheiten Tatsachen dar. Dieses Ergebnis, dass auch Unwahrheiten Tatsachenqualität haben, befriedigt vor allem in den Fällen des ärztlichen Geheimnisses. Eine falsche Anamnese könnte andernfalls niemals Gegenstand des Berufsgeheimnisses sein.

Der Gegensatz zu « geheim » ist « offenkundig »[4]: die Kunde einer Tatsache ist offen, sie ist jedermann zugänglich. Auf der andern Seite gibt es Tatsachen, welche niemandem zugänglich sind. Das sind dann die sog. absoluten Geheimnisse. Zwischen diesen beiden Extremen liegt das relative Geheimnis, welches einerseits der menschlichen Kenntnis zugänglich ist, anderseits aber nicht der Kenntnisnahme durch jeden beliebigen Menschen offensteht. Im Folgenden wird es immer das relative Geheimnis sein, welches das Interesse in Anspruch nimmt, denn das absolute Geheimnis ist nicht erfassbar und daher juristisch belanglos, während die offenkundige Tatsache überhaupt kein Geheimnis darstellt.[5]) Die beiden zuletzt genannten Erscheinungen scheiden daher bei der Behandlung des Berufsgeheimnisses aus.

Das relative Geheimnis hat verschiedene Voraussetzungen. Die erste Voraussetzung ist eine nicht offenkundige Tatsache, wobei Geheimheit erst in dem Moment erforderlich ist, in welchem Rechtswirkungen an sie geknüpft werden. Demnach ist es bedeutungslos, ob die Tatsache früher einmal offenkundig war oder nicht.[6]) Die zweite Voraussetzung ist das Vorhandensein mindestens einer Person, welche die geheime Tatsache erfasst hat. Sehr wohl können mehrere, sogar viele Personen Kenntnis von der Tatsache haben. Trotzdem geht ihr nicht notwendig der Geheimnischarakter verloren. Als Beispiel möge das Passwort dienen, welches Tausende kennen können und das doch geheim bleibt. Der Grund, weshalb das Geheimnis nicht untergeht, liegt in der Tatsache selbst sowie meist in einem Verhalten derjenigen Personen, welche die geheime Tatsache kennen. Die Tatsache muss dergestalt sein, dass sie nicht allgemein zugänglich ist. Die Wissenden unternehmen gewisse Vorkehrungen, durch welche das Geheimnis geschützt wird: sie schweigen, sie bauen eine Wand, sie schliessen ab etc. Das Verhalten der Wissen-

---

[4]) Schmalzl S. 30 f: « den natürlichen Gegensatz des Geheimnisses bildet die Offenkundigkeit ». Anderer Ansicht Binding S. 126, welcher das Nichtgeheimhalten als Gegensatz des Geheimnisses betrachtet.

[5]) v. Overbeck, S. 1 f.

[6]) Schmalzl, S. 31.

den kann in einem Tun wie auch in einem Unterlassen bestehen. Dass diese Vorkehrungen der Geheimnissubjekte einen objektiv undurchdringlichen Schutzwall um die Tatsachen bilden, ist nicht erforderlich. Doch müssen sie immerhin so beschaffen sein, dass sie eine Lüftung des Geheimnisses auf bequeme und rechtmässige Art nicht zulassen. Schlägt beispielsweise jemand verschlossene Türen ein, dann geht er nicht auf bequeme und rechtmässige Art vor. Anders verhält es sich, wenn jemand von seinem Zimmerfenster aus Tatsachen wahrnimmt, welche sich im Garten des Nachbarn abspielen.

Die Art Geheimnis, bei welchem die Kenntnisnahme durch ein entgegenstehendes Verhalten des an der Geheimhaltung Interessierten verhindert wird, ist scharf zu unterscheiden von jener Art Geheimnis, welche durch eine allgemeine Schweigepflicht statuiert wird, wo aber die Tatsache selbst durch jedermann wahrgenommen werden kann. Ich erinnere an Tanksperren, welche sich auf Hauptstrassen befinden und welche jedem *zugänglich* sind, der vorüberfährt. Während sich die Veranstaltungen bei den Geheimnissen der ersten Art direkt gegen jede Kenntnisnahme wenden, bestehen im letzteren Falle keine Vorkehrungen gegen die Kenntnisnahme, sondern eine blosse Schweigepflicht über das Wahrgenommene. Die Tatsache ist in diesem Fall eigentlich kein « Geheimnis ». Mit diesen Pseudogeheimnissen haben wir uns im Folgenden nicht zu befassen.

Diejenigen Personen, welche von dem Geheimnis Kenntnis haben, lassen sich in zwei Kategorien scheiden: in die Geheimnisherrn und in die Geheimnisdiener. *Die Geheimnisherrn* sind diejenigen, welche zur freien Entscheidung berechtigt sind, ob die Tatsache geheim sein soll oder nicht.[7]) Sie können gewissermassen über die Geheimhaltung verfügen. Besteht eine Mehrzahl von Geheimnisherrn, dann richtet sich diese Verfügungsbefugnis nach dem unter ihnen herrschenden Rechtsverhältnis.[8]) Anders verhält es sich, wenn mehrere Personen unabhängig voneinander Geheimnisherrn desselben Geheimnisses sind. Besteht in diesem Falle keine Bindung unter den betreffenden Leuten, dann können sie unabhängig von-

---

[7]) Lehmann, S. 25: « Wer über die Wahrnehmbarkeit verfügen kann und darf, ist Geheimnisherr ». Sauter, S. 183.

[8]) Lehmann, S. 26, wendet bei einem gemeinschaftlichen Verhältnis mehrerer Personen an einem Geheimnis analog die Regeln über den Sachbesitz an. Gl. A. Binding, bes. T. I S. 503. Olshausen § 300 N. 9 a.

einander über die Geheimhaltung verfügen. Unerheblich ist für den Begriff der Geheimnisherrschaft die Art und Weise, wie man diese Stellung erlangt hat. Auch der Einbrecher kann Geheimnisherr werden. Begrifflich ist es nicht notwendig, dass der Geheimnisherr von der geheimen Tatsache Kenntnis hat. Einziges Kriterium ist die Verfügungsbefugnis.

Bietet beispielsweise ein Patient dem Arzte seinen Körper zur Untersuchung dar, dann weiss er in den meisten Fällen nicht, welche Krankheit, m. a. W., welche Tatsache der Arzt konstatiert. Trotzdem ist der Patient Geheimnisherr, da er über die Geheimhaltung verfügen kann. Wie steht es nun mit dem Bewusstlosen, der durch einen Unfall sein Bewusstsein verloren hat? Im Zustand der Bewusstlosigkeit kann niemand Veranstaltungen treffen, welche den eigenen Zustand verbergen. Ebensowenig sind Vorkehrungen möglich, die eine Verfügung über das Geheimnis darstellen. Somit könnte man annehmen, dass in diesem Falle die Geheimnisherrschaft nicht besteht, dass der Bewusstlose also nicht Geheimnisherr wäre. Hier greift nun die gesetzliche Geheimhaltungspflicht ein, welche für gewisse Berufskategorien statuiert wird.[9]) Durch diese Bestimmungen wird der Bestand des Geheimnisses garantiert. Jetzt sind es die Schweigepflichtigen, welche zur Verhinderung der Offenkundigkeit geeignete Massnahmen treffen sollen. Diese Erscheinung ist für unsern Fall höchst bedeutsam. Sie spielt die massgebende Rolle beim Berufsgeheimnis.

Die Geheimnisdiener sind Personen, welche über die Geheimhaltung nicht frei verfügen dürfen, sondern zur Geheimhaltung verpflichtet sind.[10]) Ob sich diese Pflicht aus Gesetz, Vertrag oder Standessitte ergibt, ist vorderhand gleichgültig. Nicht erforderlich ist ferner, dass die geheimhaltungspflichtigen Personen die geheime Tatsache dergestalt erfasst haben, wie sie sich in Wirklichkeit darstellt. Beispielsweise ist ein Arzt auch für eine falsche Diagnose Geheimnisdiener, sofern er der Geheimhaltungspflicht unterstellt ist.

Geheimnisherr kann grundsätzlich jeder sein, da es auf das tatsächliche Verhältnis ankommt[11]), Geheimnisdiener dagegen nicht.

---

[9]) Lehmann, S. 26: « Der Geheimnisschutz entsteht ex lege dann, wenn der Gegenstand dieses Schutzes einer zur Geheimnisbewahrung verpflichteten Person zugänglich gemacht wird. Weder ein rechtsgeschäftlicher noch tatsächlicher Willen des Geheimnisherrn ist nötig. »

[10]) Lehmann, S. 25: « Wer zur Bewahrung des Geheimnisses verpflichtet ist, ist Geheimnisdiener ». Rex S. 44 ff.

[11]) Juristische Personen und Personengesamtheiten können Geheimnisherrn sein. Stangl, S. 23, Seréxhe, S. 29.

Hier müssen vielmehr persönliche Voraussetzungen erfüllt sein, welche je nach dem Grund, aus welchem sich die Geheimhaltungspflicht ergibt, verschieden sind.

Damit dem Geheimnisdiener die Pflicht zur Geheimhaltung auferlegt werden kann, muss er zu dieser Verpflichtung fähig sein. Beruht die Schweigepflicht auf Vertrag, so muss er handlungsfähig sein, beruht sie auf Gesetz, so muss er den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, beruht sie auf Standessitte, so muss er dem betreffenden Stande angehören. Die Geheimhaltungspflicht erstreckt sich in der Regel nur auf bestimmte Tatsachen, ferner nur auf deren Erfassung bei ganz bestimmten Gelegenheiten. All das sind Bedingungen, welche erfüllt sein müssen, damit die Schweigepflicht enstehen kann. Erst wenn diese Pflicht vorhanden ist, kann man von einem Geheimnisdiener sprechen. Das relative Geheimnis ist ohne Geheimnisherrn nicht denkbar. Die Existenz des Geheimnisdieners ist dagegen nicht begriffsnotwendig.

Neben den beiden Kategorien der Wissenden sollen die sog. *Dritten* erwähnt werden. Es sind dies Aussenstehende, welche keine Kenntnis von der geheimen Tatsache haben. Ihnen gegenüber besteht die Geheimhaltung. Das auf Geheimhaltung gerichtete Verhalten der Geheimnisherrn und Geheimnisdiener ist bestrebt, die Unkenntnis dieser Aussenstehenden aufrecht zu erhalten.[12]) Würden solche Dritte überhaupt nicht existieren, dann könnte kaum von einem Geheimnis gesprochen werden. Wie das Verhältnis von Geheimnisherrn und Geheimnisdiener einerseits und Dritten anderseits beschaffen sein muss, damit noch von einem Geheimnis gesprochen werden kann, darüber lässt sich keine allgemeine Regel aufstellen. Im einzelnen Fall ist zu entscheiden, ob sich die Veranstaltungen der Geheimnisherrn und Geheimnisdiener gegenüber dem Eindringen der Aussenstehenden wirksam genug erweisen.

Fasst man die bisherigen Betrachtungen zusammen, so gelangt man zum Ergebnis, dass das relative Geheimnis eine geheime Tat-

[12]) BE 65 I 47 ff: Gegenstand des Geheimnisses sind die Lohnverhältnisse deutscher Arbeiterinnen, die als Grenzgängerinnen in der Schweiz ihrem Verdienst nachgehen, aber in der Schweiz kein Geheimnis aus ihrem Lohne machen. « Ob der Vorgang in der Schweiz u. U. geheim gehalten wird, ist unerheblich, sofern bestimmte gesetzgeberische Erlasse oder Verwaltungsmassnahmen von Behörden eines fremden Staates Verhältnisse schaffen, die ... die Geheimhaltung (wenigstens ihnen gegenüber) nahelegen. Es ist daher gleichgültig, ob derartige Tatsachen mit der Zeit einem gewissen Kreise offenkundig werden, solange sie dem Staat gegenüber, dem sie geheimgehalten weden sollen, nicht zugänglich, bzw. nicht bekannt geworden sind. »

sache ist, deren Wahrnehmung andern Personen wegen entgegenstehendem Verhalten der Geheimnissubjekte und wegen der Natur der Tatsache selbst auf rechtmässige Art nicht möglich ist.

Das *Berufsgeheimnis* ist eine Spezialart des relativen Geheimnisses, welche nach bestimmten Richtungen hin Modifikationen aufweist. Die Begriffsmerkmale sind grundsätzlich die gleichen wie beim einfachen Geheimnis. Besonderheiten ergeben sich vor allem in der hier notwendigen Person des Geheimnisdieners, ferner in der Tatsache, welche Gegenstand der Geheimhaltung ist, in der Art und Weise, wie der Geheimnisdiener die geheime Tatsache wahrnimmt und endlich in einer besonders geregelten Geheimhaltungspflicht. Unverändert bleibt die Person des Geheimnisherrn.

Der Geheimnisdiener übt einen Beruf aus. Er ist Berufsperson. Welche Berufsleute zu Geheimnisdienern werden, das hängt von der Rechtsquelle ab, aus welcher sich die Geheimhaltungspflicht ergibt. Die geheime Tatsache hat einen bestimmten Zusammenhang mit der Berufsausübung aufzuweisen. Sie wird von der Berufsperson im Zusammenhang mit der Berufsausübung erfahren. Die Geheimhaltungspflicht ergibt sich in der Regel aus einem Gesetz oder Vertrag, seltener aus einer Standessitte. In gewissen Fällen verlangt das Rechtsempfinden die Aufhebung der Schweigepflicht zum Schutze höherer Interessen.

Vorderhand mag eine Umschreibung genügen, nach welcher das Berufsgeheimnis in der Geheimhaltung einer geheimen Tatsache durch eine Berufsperson besteht, welche die Tatsache im Zusammenhang mit der Berufsausübung erfuhr und durch eine Rechtspflicht zur Geheimhaltung verpflichtet ist.

§ 2. Rechtspolitische Erwägungen, gesetzestechnische Möglichkeiten

Zwei Tatsachen muss man sich vor Augen halten. Erstens hat jeder Mensch eine Geheimsphäre. Diese Geheimsphäre wird allgemein als ein Rechtsgut aufgefasst, das dem Menschen um seiner Persönlichkeit willen zukommt. [13]) Es handelt sich also um ein Persönlichkeitsrecht.

[13]) Kommentar Gmür I Art. 28, N. 12. Kommentar Egger Art. 28, N. 4 c. Auch Giesker sieht die Geheimsphäre als ein Persönlichkeitsrecht an, welchem unbedingt Rechtsschutz zukommen muss. S. 1 ff. Ferner von Overbeck, S. 7, 10. Schmalzl, S. 1.

Zweitens setzt die Ausübung jedes Berufs die Kenntnis gewisser Tatsachen voraus. Je nach dem Berufe stehen die Tatsachen in einem engen Zusammenhang mit dritten Personen oder sie stehen zusammenhanglos mit den Menschen da. Der Psychiater kann seinen Beruf ohne die eingehende Kenntnis des Menschen, den er behandeln soll, nicht ausüben. Der Astronom dagegen hat es bei seiner Tätigkeit mit Dingen zu tun, welche Tausende von Kilometern von jedem menschlichen Wesen entfernt sind.

Das Berufsgeheimnis hat regelmässig nur bei den Berufen der ersteren Art eine Bedeutung. Häufig kommt es nämlich vor, dass jemand sich gezwungen sieht, die Berufsausübung eines andern in Anspruch zu nehmen, um dadurch einem schwerwiegenden Nachteil zu entgehen. Damit die Berufsperson ihren Beruf ausüben kann, ist es oft erforderlich, dass der Ratsuchende ihr Tatsachen mitteilt, welche er viel lieber geheimgehalten hätte. Fälle sind denkbar, wo er ein grosses Interesse bereits daran hätte, dass die blosse Konsultation, das blosse In-Berührung-Treten mit der Berufsperson ein Geheimnis bliebe. Man denke etwa an jemanden, welcher sich in das Wartezimmer eines Spezialarztes für Geschlechtskrankheiten setzt. Aber nicht nur dem Arzte, dem Anwalt oder dem Geistlichen werden Dinge bekannt, welche jener, den sie betreffen, lieber für sich behalten hätte, sondern auch dem Schneider, dem Coiffeur, dem Dienstmädchen u. a. werden bei ihrer Berufsausübung notgedrungen Tatsachen zugänglich gemacht, welche bei ihrer Offenbarung recht peinliche Folgen für den Geheimnisherrn haben können. Man denke an körperliche Nachteile, welche der Schneider erfährt! Man denke an das Dienstmädchen, welches häusliche Zwistigkeiten der Herrschaft und andere Intimitäten dieser Personen wahrnimmt! Fälle, in welchen die Berufsausübung durch Dritte mit unvermeidlichen Offenbarungen von Tatsachen verbunden ist, an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein Interesse hat, sind sehr häufig. In diesen Fällen kommt das sogenannte Berufsgeheimnis den Personen zu Hilfe, welche die betr. Berufspersonen beanspruchen.

Dies geschieht dadurch, dass Berufspersonen zur Verschwiegenheit verpflichtet werden. Diese Verpflichtung kann auf verschiedene Art entstehen. Sei es durch Vertrag, Gesetz, Verordnung, Standessitte oder irgendwie anders. Am sichersten kann man sich auf die Geheimhaltung dann verlassen, wenn ein Gesetz die Geheimhaltungspflicht statuiert und für die Pflichtverletzung eine Strafe aus-

setzt. Die Versuchung, etwas Neues und Interessantes weiter zu erzählen und sich dadurch selbst interessant zu machen, ist zu gross, als dass beispielsweise mit der Aufstellung einer Schweigepflicht ohne Sanktion für ihre Verletzung auszukommen wäre. Ein Vertrag[14]) ist vielfach nicht denkbar, da viele Personen, welche die betreffenden Berufe konsultieren, nicht vertragsfähig sind. Standesregeln[15]) existieren häufig nicht. Aus diesen Gründen ist wohl das Gesetz die sicherste Quelle, aus welcher die Schweigepflicht entspringen kann. Welche Art von Gesetz geeignet ist, wird weiter unten zur Sprache kommen, wenn wir uns über die Ausgestaltung des Berufsgeheimnisses Klarheit verschafft haben.

Selbstverständlich kann eine Geheimhaltungspflicht nicht allen Berufsleuten auferlegt werden. Mit der Auflage von Pflichten soll man sparsam umgehen. Eine Pflicht zur Verschwiegenheit soll nur da aufgestellt werden, wo es wirklich nötig ist, also zunächst bei denjenigen Berufen, deren Ausübung die Kenntnis von Tatsachen voraussetzt, deren Offenkundigkeit für die Geheimnisherrn sehr unangenehm wäre.

Jedoch ist noch eine weitere Einschränkung bezüglich des Kreises der geheimhaltungspflichtigen Berufspersonen zu machen. Die Konsultierung dieser Personen muss von objektiver Bedeutung und von allgemeinem Interesse sein.[16]) Der Geheimhaltungspflicht werden fast überall die Aerzte, Apotheker, Anwälte und vielfach auch noch die Geistlichen unterstellt. Je nach der Anschauung lassen sich noch andere Berufe denken, welche von allgemeinem Interesse sein könnten und deshalb mit der Schweigepflicht belastet werden sollten.[17]) Es wäre jedoch verfehlt, einem sehr überflüssigen und vielleicht anrüchtigen Berufe eine Geheimhaltungspflicht aufzuladen.

---

[14]) Jellinek in Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1906/07, S. 671 ff. ist Vertreter der Vertragstheoerie. Jellineks Ansicht gründet sich auf Konstruktionen, deren Mängel von Schmalzl, S. 40 ff. und Humbert, S. 9 ff. nachgewiesen werden.

[15]) Standessitte hielt in Frankreich bis 1810 die Aerzte zur Verschwiegenheit an. Vgl. Spinner, S. 430 f., Humbert, S. 8 f., Ulrich, S. 7 ff., insbesondere Sauter, Geschichte, S. 1 ff.

[16]) Zürcher, Erläuterungen, S. 350: « Von der Strafdrohung werden also nur noch Personen betroffen, denen man die feinsten Fragen des Seelenlebens anvertrauen muss . . . » BR Häberlin in Komm. d. Ständerats III, S. 265: « Nur diejenigen Berufe angeführt, die unter einer gewissen staatlichen Garantie stehen ». Aehnlich Hippe, S. 283 ff., welcher die Zwangslage der konsultierenden Personen betont.

[17]) Vgl. Art. 321 eidg. StGB., wo die Revisoren genannt sind, ferner die Diskussion in der Bundesversammlung wegen den Tierärzten. Sten. Bulletin 1935, Nat.-Rat., S. 753/758.

Wenn die Leute solche Berufe in Anspruch nehmen, dann sollen sie selbst dafür besorgt sein, dass die von ihnen anvertrauten Geheimnisse gewahrt werden.

Wenn ich oben ausführte, dass die Statuierung der Geheimhaltungspflicht durch das Gesetz von überwiegendem Vorteile sei, so erhebt sich nun die Frage, wie die geheimhaltungspflichtigen Personen im Gesetz zu umschreiben sind. Es bestehen dafür verschiedene Möglichkeiten, welche alle ihre Vor- und Nachteile haben. Es sind die generelle, die generell-spezielle und die spezielle Methode zu nennen.[18])

Die *generelle* Methode[19]) verzichtet auf eine Aufzählung. Sie geht dabei von der Anschauung aus, dass die Schweigepflicht durch ein Treueverhältnis begründet wird. Dieses Treueverhältnis ergibt sich aus der Zwangslage, welche den Geheimnisherrn zur Anvertrauung veranlasst. Somit unterliegen alle Personen, denen vom Geheimnisherrn ein derartiges Vertrauen entgegengebracht wird, den gesetzlichen Bestimmungen über den Geheimnisschutz. Der Richter hätte im gegebenen Fall zu beurteilen, ob das erforderliche Vertrauensverhältnis besteht.

Die *spezielle* Methode[20]) bezeichnet die geheimhaltungspflichtigen Personen ganz genau, sodass Zweifel nicht mehr aufkommen können.

Der Vorteil der generellen Methode[21]) ist ihre grosse Elastizität. Bestimmungen, welche nach ihr aufgestellt sind, können allen Verhältnissen Rechnung tragen. Der überwiegende Nachteil dieser generellen Regelung ist ihre Unbestimmtheit. Sie kann sehr leicht zu einer grossen Rechtsunsicherheit führen. Diesem schweren Nachteil weicht die spezielle Methode aus. Sie schafft absolut klare Verhältnisse. Ihre Schwäche besteht in einer grossen Starrheit, denn sie kann veränderten Verhältnissen nicht Rechnung tragen.

---

[18]) Schmidt, S. 10 ff.

[19]) von Steiger, S. 21 ff.

[20]) Vgl. Art. 321 eidg. StGB.

[21]) Placzek, S. 26 führt als Beispiele für die generelle Methode an: Art. 272 niederländisches « Strafrecht »: « Wer mit Absicht ein Geheimnis offenbart, welches er kraft seines Amtes oder Gewerbes, das er tatsächlich ausübt oder ausgeübt hat, hätte bewahren sollen ... wird ... bestraft. » Portugal Art. 290: « Mit ... wird bestraft: 1. wer ein Geheimnis verrät, welches ihm in Ausübung seines Berufes bekannt oder anvertraut wurde. »

Die *generell-spezielle* Methode, welche einen Mittelweg einschlägt, weist zwei Unterarten auf. *Nach der einen*[22]) werden gewisse Berufskreise aufgezählt und bestimmte Berufspersonen daraus exemplativ hervorgehoben. Hier unterscheidet sich die generell-spezielle Methode von der generellen nur dadurch, dass nicht alle vorkommenden Berufe als geheimhaltungspflichtig erklärt werden, sondern nur solche, die in einen der genannten Berufskreise fallen. Bei der Auslegung derartiger Bestimmungen wird es häufig unklar sein, ob einzelne Berufspersonen der Schweigepflicht unterliegen oder nicht. Ich denke etwa an Tierärzte, an Zahntechniker und ähnliche Leute, wenn das Gesetz lediglich von « Heilberufen » oder etwa von « officiers de santé » spricht.

Nach der andern Art[23]) umfasst die Regelung dann noch ausser *diesen* Berufskreisen stehende Berufe, wenn selbst die Aufzählung der Berufskreise nur exemplativ ist. In diesem letzteren Falle unterscheidet sich die generell-spezielle Methode überhaupt nicht von der generellen.

Bei der Entscheidung für eine der drei angeführten Methoden muss man sich vor Augen halten, dass im Strafrecht der Grundsatz « nullum crimen sine lege » gilt. Nur die im Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedrohten Handlungen sind strafbar. Diese Auffassung tritt auch in der Aufgabe zutage, welche das geltende Recht dem Strafrichter zuweist. Dieser soll nur das Gesetz anwenden, er hat aber keinerlei rechtschaffende Kraft. Mit diesen Ueberlegungen gelangt man zur Ablehnung der generellen Methode. Das richterliche Ermessen hätte sonst einen Spielraum, der nach der hier vertretenen Auffassung zu gross wäre. Die Tätigkeit des Richters würde in solch einem Falle eher Rechtsfindung darstellen als blosse Gesetzesanwendung. Annehmbarer erscheint die generell-spezielle Methode der ersten Art.[24]) Vernünftig angewendet würde sie einerseits gegenüber der speziellen Methode eine erfreuliche Elastizität aufweisen und gegenüber der generellen Methode eine stärkere Fixierung be-

[22]) § 378 code pénal français 1810: « les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens . . . » Vgl. daraus « Et autres officiers de santé ».

[23]) Vgl. Fortsetzung von § 378 c. p. f. 1810: « les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ». Vgl. daraus: « Et toutes autres personnes dépositaires ».

[24]) von Steiger, S. 21 ff. hält die generell-spezielle Methode der ersten Art für am geeignetsten. Er schlägt daher folgende Formulierung vor: « Medizinalpersonen, wie Aerzte, Apotheker usw., Personen der Rechtspflege, wie Anwälte, Notare usw. »

deuten. Am vorteilhaftesten erscheint trotz ihren Nachteilen die spezielle Methode, da sie absolut klar ist. Jedermann weiss hier zum voraus genau, an was er sich zu halten hat und welche Rechtsfolgen sein Verhalten zeitigen wird. Die Rechtssicherheit ist hier im grösstmöglichen Maße gewahrt.

Eine Ausdehnung des Kreises der geheimhaltungspflichtigen Personen erfolgt heutzutage wegen der wachsenden Kompliziertheit der Ausübung gewisser Berufe. Viele Aerzte können ihre Arbeit nicht mehr allein bewältigen. Sie bedürfen dazu mannigfaltiger Hilfspersonen. Bei den Anwälten ist es ebenso. Sie können ihre Akten nicht alle allein schreiben, alle ihre Post nicht genau durchsehen und ordnen, die Türe nicht immer selbst öffnen, nicht alle Telephongespräche selbst abnehmen. Zur Erledigung dieser Geschäfte haben sie Hilfspersonen. Der Geheimnisschutz wäre unvollkommen und lückenhaft, wenn nicht auch diese *Hilfspersonen* zur Geheimhaltung verpflichtet wären.[25]) Sie haben häufig den gleichen Einblick in die geheimen Tatsachen wie die Berufsperson, welche den Beruf selbständig und in leitender Stellung ausübt. Die Hilfspersonen können daher durch die Offenbarung dieser Tatsachen den gleichen Schaden anrichten wie die Personen, bei welchen sie Gehilfen sind. Bei ihnen ist umso eher eine scharfe und strikte Verpflichtung zur Geheimhaltung nötig, als sie von dem Ernst ihrer Aufgaben vielfach weniger durchdrungen sind und sich von den Konsequenzen, welche Verletzungen der Schweigepflicht nach sich ziehen können, häufig nicht das richtige Bild machen.[26]) [27]) Für eine Arztgehilfin ist es sicher sehr verlockend, zu erzählen, was sie alles Interessantes gesehen und gehört hat. Diese Verlockung zur Offenbarung ist hier unter Umständen bedeutend grösser als beim Arzt. Das Nämliche gilt für die andern Hilfspersonen. Jemand ist aber nur dann als Hilfsperson anzusehen, wenn seine Hilfe bei einer Tätigkeit stattfindet, welche für den « Geschäftsherr » typisch ist. Wer in concreto Hilfsperson ist, das bestimmt sich nach dem Einzelfall und den Anschauungen der betr. Berufsklasse.

---

[25]) von Steiger, S. 30 f. Speziell für den Arzt, vgl. Spengler, S. 20 ff.

[26]) Spinner, S. 443: « Weitaus schwieriger ist es zu entscheiden, wer als Gehilfe dem Strafgesetz zu unterstellen ist. ... es liegt ja wohl auf der Hand, dass es in diesen zweifelhaften Fällen das Taktgefühl sein soll, das den Gehilfen leiten soll, die Schweigepflicht auszuüben ... nur ist es eben klar, dass das Taktgefühl, das beim Arzt schon so oft nicht vorhanden ist, nicht ohne weiteres bei dem intellektuell tiefer stehenden Gehilfen als vorhanden vorausgesetzt werden kann. »

[27]) Humbert, S. 55, Ulrich, S. 21.

Eine weitere Ausdehnung des Kreises der geheimhaltungspflichtigen Personen erfolgt mit Bezug auf die *Studierenden.* Diese sind keine Hilfspersonen, sofern sie nicht aktiv bei der Ausübung eines Berufes durch einen Geschäftsherrn tätig sind. Die Studenten, speziell die Mediziner, u. U. auch die Juristen, haben bei ihrem Studium vielfach Gelegenheit, Tatsachen wahrzunehmen, die für die Dozenten unter das Berufsgeheimnis fallen. Wären die Studierenden nicht geheimhaltungspflichtig, so könnte die Schweigepflicht der Berufsausübenden illusorisch werden. Besonders unbillig wäre eine fehlende Schweigepflicht der Studenten dann, wenn die Berufsausübung, insbesondere die ärztliche Berufsausübung, gar nicht erfolgen kann, ohne dass die Studierenden davon Kenntnis erhalten. Man denke nur an Minderbemittelte, welche zur Benützung der Poliklinik gezwungen sind und dort in einem Auditorium zu Lehrzwecken vorgestellt werden. Ein weiteres Beispiel wäre die Demonstration von Patienten in einer Irrenanstalt.

Die Berufspersonen sind selbstverständlich nicht für alle Wahrnehmungen zum Schweigen verpflichtet. Ein Zusammenhang zwischen der Berufsausübung und der wahrgenommenen Tatsache muss bestehen: die Tatsache muss bei Gelegenheit der Ausübung des Berufs wahrgenommen worden sein. Begnügt man sich mit dieser ersten Einschränkung, dann fallen alle Tatsachen, welche bei der Berufsausübung bekannt werden, unter die Geheimhaltungspflicht. Die Berufspersonen würden nach einer derartigen Regelung für all das geheimhaltungspflichtig, was ihnen ihre Kunden, Klienten oder Patienten mitteilen, gleichgültig, ob die Mitteilungen sachlich und inhaltlich etwas mit der Berufsausübung zu tun haben, wenn sie nur zeitlich mit dieser zusammenfallen. Man könnte jeden Klatsch bei den schweigepflichtigen Berufspersonen ausschütten und fest überzeugt sein, dass diese ihn nicht weitererzählen. Eine solche Lösung würde nicht befriedigen, denn es lässt sich kein Grund dafür finden, dass die Berufspersonen für solche Tatsachen geheimhaltungspflichtig werden, welche mit der Berufspflege nicht das geringste zu tun haben.

Aus diesen Ueberlegungen heraus gelangt man zu einer weiteren Einschränkung: Die Kenntnis der geheimen Tatsachen muss für die Tätigkeit der schweigepflichtigen Berufsperson von einer gewissen Bedeutung sein. Dabei lässt sich allerdings nicht verhehlen, dass es oft sehr schwierig festzustellen ist, ob eine solche Bedeutung gegeben ist. Wer soll darüber entscheiden? Nach welchen Gesichts-

punkten ist darüber zu entscheiden? All das sind recht komplizierte Fragen. In der Medizin oder in der Jurisprudenz können Tatsachen, welche auf den ersten Blick als ganz bedeutungslos erscheinen, eine eminente Bedeutung für die Berufstätigkeit des konsultierten Schweigepflichtigen haben. Anderseits können Berufspersonen sich nach Tatsachen erkundigen, von denen sie im späteren Verlauf oder gar nach der Berufsausübung feststellen, dass sie für diese absolut keine Bedeutung haben. Wo ist nun das Kriterium zu suchen?

Grundsätzlich sind vor allem die Tatsachen für die Berufsausübung von Bedeutung, die für die betr. Tätigkeit wichtig, vielleicht ausschlaggebend sind oder sich dabei zwangsläufig oder üblicherweise offenbaren.

Konsequenz davon ist, dass auch Wahrnehmungen geheimzuhalten sind, welche der Arzt anlässlich eines Patientenbesuches macht.[28]) Ueber die Schlafzimmereinrichtung, über die häusliche Ordnung, die Bilder in der Wohnung des Patienten und ähnliches darf nicht Mitteilung gemacht werden.

Schwieriger ist es bei Tatsachen, deren Kenntnis ohne Bedeutung für die Berufsausübung ist.[29]) [30]) Hier sind folgende Unterschiede zu machen :

---

[28]) Finger, S. 361: « Personen, welche in Ausübung ihres Berufs fremde Wohnungen betreten, können hier möglicherweise eine Reihe von Geheimnissen aus Gegenständen, die zu erblicken sind, mit grösserer oder geringerer Bestimmtheit erschliessen. Zu den kraft Standes anvertrauten Geheimnissen gehören aber diese nicht. Wem daran gelegen ist, dass durch diese und ähnliche Dinge nicht erkennbar werde, was man zu verbergen die Absicht hat, der muss die Gegenstände vor einer möglichen Wahrnehmung schützen ... wer solche Objekte nicht entsprechend aufbewahrt, teilt die Geheimnisse, die sie zum Ausdruck bringen, allen, die diese Objekte zu sehen Gelegenheit haben, ohne Nötigung mit. » Finger betrachtet die Berufspersonen nur für die Tatsachen als schweigepflichtig, deren Kenntnis für die Berufsausübung nötig ist oder doch notwendigerweise damit verbunden ist. Fingers Ansicht ist nicht zu billigen. Man kann den Patienten nicht zumuten, vor dem Arztbesuch die Wohnung auszuräumen. Vgl. Kritik v. Fingers Auffassung bei Schmalzl, S. 35.

[29]) Ulrich, S. 35 und von Steiger, S. 42, fordern einen Kausalzusammenhang zwischen der Berufsausübung und dem Bekanntwerden der geheimen Tatsache. « Nötig ist lediglich, dass der Arzt einen Einblick in die Verhältnisse seines Patienten erhielt, weil er beruflich mit ihm in Berührung kam und ihm als Privatperson dieselbe Möglichkeit der Einsichtnahme nicht gegeben worden wäre. »

[30]) Spinner, S. 511: « Geheimnispflichtig ist jede Tatsache, die dem Arzte bei der Berufsausübung zugänglich wird ». S. 514: « Es muss die Möglichkeit absolut gewahrt werden, dem Arzt auch andere als bloss auf die Behandlung sich beziehende Tatsachen ohne bestimmte Auflage als Berufsgeheimnis anzuvertrauen ». M. E. ist diese Aeusserung Spinners zu weitgehend.

Geschah die Offenbarung auf Betreiben der Berufsperson hin, dann besteht die Schweigepflicht für letzteres in jedem Fall. Nahm die Berufsperson eine Tatsache wahr, welcher sie Bedeutung für die Berufsausübung beimisst, so besteht die Geheimhaltungspflicht, wenn auch objektiv betrachtet, diese Tatsache bedeutungslos für die Berufsausübung ist.

Offenbart der Geheimnisherr selbständig und unaufgefordert etwas, von dem er annimmt, es sei für die Berufsausübung durch die betr. Berufsperson von Bedeutung, dann soll sich die Geheimhaltungspflicht auch auf diese Tatsachen erstrecken. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Berufsperson erkannt hat, welche Bedeutung der offenbarende der mitgeteilten Tatsache zuspricht.

Richtet sich die Mitteilung an den Berufsausübenden in seiner Eigenschaft als zufälligen Gesprächspartner und nicht als « Berufsperson », dann ist die mitgeteilte Tatsache m. E. kein Berufsgeheimnis. Die Berufsperson ist daher nicht schweigepflichtig.

Vielfach wird für das Entstehen einer Schweigepflicht ein dahingehender Wille oder ein diesbezügliches Interesse des Geheimnisherrn, manchmal sogar eine Kombination von Wille und Interesse, gefordert. Ferner besteht hin und wieder die Auffassung, dass die Offenbarung eine Schädigung des Geheimnisherrn bedeuten müsse, damit überhaupt eine Geheimhaltungspflicht entsteht. Hier ist auf diese Fragen nur kurz einzugehen. Weiter unten, bei der Besprechung des im eidg. StGB., Art. 321, geschützten Rechtsgutes, bietet sich noch einmal Gelegenheit, diese Probleme zu erörtern.

Zunächst *der Wille.*[31]) Voraussetzung für seine Bedeutsamkeit ist hier unter allen Umständen, dass er der Berufsperson erkennbar ist. Wird der Wille auf Geheimhaltung nicht entsprechend zur Kenntnis gebracht, so ist er zweifellos für denjenigen, welcher den betr. Beruf ausübt, unmassgeblich.

---

[31]) Schmalzl, S. 28 ff. vertritt die Willenstheorie. Er kommt zum Ergebnis, « dass lediglich der Geheimhaltungswillen entscheidend ist für das Vorhandensein eines Privatgeheimnisses ». Dieser Autor ist der Ansicht, dass der Wille deshalb als Kriterium für das Vorliegen eines Geheimnisses angesehen werden soll, weil er viel leichter erkennbar ist als etwa ein auf Geheimhaltung gerichtetes Interesse. « Fehlte er (gemeint ist der Wille) in dem entscheidenden Momente, so konnte — gleichgültig ob der Verratende hiervon wusste oder nicht — ein Geheimnisverrat nicht mehr vorgenommen werden. » Gleicher Ansicht wie Schmalzl sind Binding I S. 126, Finger S. 358, Mittermaier S. 202. RGR. Komm., 3. Abs. 3.

Wird der Wille geäussert, so besteht nach der Vertragstheorie die Geheimhaltungspflicht noch nicht ohne weiteres. Sie besteht erst dann, wenn durch die Berufsperson ein Akzept erfolgt. Die Schweigepflicht resultiert nach dieser Auffassung also aus Vertrag.[32])

Eine völlige Verkennung der Eigenart des Berufsgeheimnisses bedeutet es m. E. wenn man den Willen als Voraussetzung für das Entstehen der Geheimhaltungspflicht beim Berufsgeheimnis annehmen wollte. Das Berufsgeheimnis entsteht durch die blosse Offenbarung einer Tatsache, welche die vorhin erwähnten Zusammenhänge mit der Berufsausübung aufweist. Eine diesbezügliche Willensäusserung ist überflüssig.

In vielen Fällen könnte eine Willensäusserung gar nicht erfolgen[33]), da die Personen, welche sie tun sollten, nicht dazu imstande sind. Man denke nur an Bewusstlose, an Geisteskranke, an Kinder in der Behandlung durch einen Arzt, an Moribunde! Ferner denken in vielen Fällen die Leute gar nicht daran, solch einen Willen zu äussern. Verfehlt ist ferner die Annahme, dass durch die Aeusserung eines auf Geheimhaltung gerichteten Willens jede bei der Berufsausübung geoffenbarte Tatsache unter die Geheimhaltungspflicht gebracht werden könnte. Fehlt der oben erwähnte Zusammenhang von Berufsausübung und Tatsache, so ist nur auf vertraglicher Basis eine Geheimhaltungsverpflichtung zustande zu bringen, welche aber mit dem hier zu besprechenden « Berufsgeheimnis » nichts zu tun hat.

Genau das gleiche wie für den Willen gilt auch für das *Interesse.*[34]) Auch dieses müsste, damit es für die geheimhaltungspflichtige Person erheblich wäre, in erkennbarer Weise geäussert worden

---

[32]) Jellinek, S. 693, vertritt die Vertragstheorie: § 300 schützt einen vertragsmässigen Anspruch auf Unterlassung des Ausplauderns. Diese Ansicht Jellineks stösst sozusagen überall auf Widerspruch. Vgl. Sauter, Geschichte S. 34, Humbert S. 28.

[33]) Wolff, S. 27, Anm. 1: « Wie verfehlt es ist, auch hier wieder den Willen der Geheimnisbewahrung zu betonen, ist daraus ersichtlich, dass Ludwig, S. 28 ... zu dem Notbehelfe einer Fiktion greifen muss, wenn er sagt: dieser Wille ist bei dem Fiebernden, also einem seiner nicht mächtigen, anzunehmen. Eine contradictio in adiecto. » Gleiche Fiktion bei Schmalzl, S. 29.

[34]) Insbesondere Wolff verteidigt die Interessentheorie. Er definiert S. 23 das Privatgeheimnis als « Tatsachen des Privatlebens einer Privatperson, welche sich auf rein persönliche Angelegenheiten derselben beziehen und an deren Wahrung diese ein unmittelbares Interesse hat. »

sein. Nicht anders ist es bei einer Kombination von Willen und Interesse.[35])

Aus solchen Erwägungen sind die Theorien, welche einen Willen oder ein Interesse, beide auf Geheimhaltung gerichtet, als Voraussetzung für die Entstehung der Geheimhaltungspflicht verlangen, abzulehnen. Bemerkenswert ist die Auffassung, nach welcher nur dann eine Geheimhaltungspflicht besteht, wenn die Offenbarung der betr. Tatsache geeignet ist, einen *Schaden herbeizuführen.*[36]) Diese Lehre hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Bei näherem Zusehen gelangt man jedoch zur Ablehnung dieser Theorie. Da die Berufsperson geheimhaltungspflichtig ist, bliebe ihr die Entscheidung darüber vorbehalten, ob die erfahrene Tatsache bei ihrer Offenbarung Schaden stiften könnte. Der Schweigepflichtige kennt indessen vielfach die Verhältnisse und die Person des Geheimnisherrn zu wenig, als dass er fähig wäre ein Urteil über die nachteilige Wirkung der Offenbarung abzugeben. Eine Regelung, nach welcher ein durch die Offenbarung entstandener Schaden Voraussetzung für die Geheimhaltungspflicht wäre, lässt sich also praktisch nicht durchführen.

Im Folgenden wird die *Schweigepflicht*[37]) Gegenstand unserer Betrachtung sein. Hier stehen sich zwei ganz verschiedene Rechts-

---

[35]) Eine Kombination von Willen und Interesse sehen Hippe, Placzek und RGer. als Voraussetzung der Schweigepflicht an. Hippe, S. 296, stützt sich auf reichsger. Urteil von 22. 10. 1885. Letzteres führt aus, dass « die Schweigepflicht entweder aus der ausdrücklichen Aufforderung oder aus den Umständen erfolge. Letzteres dann, wenn dem Arzt ein Interesse des Anvertrauenden an der Geheimhaltung erkennbar sei. »

[36]) Ein Gutachten der Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich vom Jahre 1907 (zit. bei Humbert, S. 6) führt aus, « dass für den Begriff eines Geheimnisses nötig sei, dass ein beachtliches Interesse an der Geheimhaltung bestehe. Dass, wenn infolgedessen jemand an einer Lungenentzündung leide, dieses Faktum auch dann nicht zum Gegenstand eines Geheimnisses werden könne, wenn dem Arzte verboten wird, davon Dritten Mitteilung zu machen.» Vgl. ferner Vhdl. 1. Exp.-Komm. Bd. II, S. 13 ff., wo Correvon und Gretener die Schweigepflicht auf solche Tatsachen beschränken wollen, die geeignet sind, jemanden Ehre zu verletzen. Desgl. Art. 358 c. p. Ticino. Weitere Beispiele bei Placzek, S. 28, 35.

[37]) von Steiger, S. 44, nennt folgende Formulierungsmöglichkeiten des Berufsgeheimnisschutzes :
1. Absolutes Geheimnis — strickte Schweigepflicht.
2. Relatives Geheimnis — bedingte Schweigepflicht.
3. Relatives Geheimnis — Schweigerecht.
4. Relatives Geheimnis — bedingtes Schweigerecht.
5. Kein Berufsgeheimnis — absolute Redepflicht.
Von Steiger hat diese « Formulierungsmöglichkeiten » von Spinner, S. 451 f. übernommen. Spinner stellt sie unter dem Titel « Gesetzliche Offenbarungsgebote » auf und weist damit ins Prozessrecht hinüber. In dem Sinn, wie von Steiger die Formulierungen anwendet, muss Ziffer 5 folgendermassen lauten: « Kein Berufsgeheimnis — absolutes Rederecht ».

anschauungen gegenüber. Auf der einen Seite befindet sich die deutsche, auf der andern die französische Lehre. Erstere vertritt die *relative*, letztere *die absolute Geheimhaltungspflicht*, bei welcher Ausnahmen von der Schweigepflicht nicht vorkommen. Die deutschrechtliche Auffassung findet dagegen in einer Anzahl von Fällen die Befreiung von der Geheimhaltungspflicht durchaus am Platze. Ihrer stossenden Konsequenzen wegen ist die Lehre vom absoluten Geheimnis selbst in ihrem Heimatlande, in Frankreich, nicht unangefochten geblieben. Man denke an das bekannte Schulbeispiel, wo der Arzt in Ausübung seiner Praxis erfährt, dass ein luetischer Patient ein gesundes, nichtsahnendes Mädchen vor Abschluss der Behandlung heiraten wird! Auch in weniger krassen Fällen wirkt der absolute Geheimnisschutz ungerecht.

Sehr unbillig wäre es nämlich, wenn die Schweigepflicht einen Schutz für unlautere Machenschaften übler Subjekte abgeben würde. Es könnte dann soweit kommen, dass die Berufspersonen zum Begünstiger des Geheimnisherrn würden, und zwar zum Begünstiger im strafrechtlichen Sinne. Dies kann jedoch dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt haben. Aus solchen und ähnlichen Erwägungen ist die Lehre vom absoluten Berufsgeheimnis abzulehnen.[38])

Das Berufsgeheimnis ist als relatives zu ordnen. Dass diese Aufgabe schwierig ist, steht fest, denn der Gesetzgeber kann unmöglich jeden denkbaren Fall der Interessenkollision voraussehen. Eine kasuistische Aufzählung der Gründe für eine straflose Offenbarung ist daher nicht möglich. Anderseits bietet eine abstrakte Umschreibung der Aufhebungsgründe keine sichere Gewähr dafür, dass damit nicht Missbrauch getrieben wird oder doch kein Missverständnis entsteht. Spricht beispielsweise ein Gesetz lediglich davon, dass die Geheimhaltungspflicht beim Vorliegen eines höheren Interesses auf-

---

[38]) Chauveau Adolphe et Faustin-Helie, Théorie du Code pénal IV p. 537: « Le consentement donné à la divulgation par la personne, qui a confié le secret saurait délier le dispositaire du devoir imposé à sa profession. Il peut donc et il doit s'abstenir de déposer des faits dont il a reçu la confidence dans l'exercice de ses fonctions ... le délit peut donc exister indépendamment de l'adhesion de la partie lésée à sa perpétration. » Gleicher Ansicht ist Garraud, Traité théorique et pratique de Droit pénal français V s. 57. Die hier zitierten Ansichten sind derart weitgehend, dass sie die Geltung des Satzes: Volenti non fit iniuria leugnen. Der Grund für diese Konsequenz liegt darin, dass nach französischer Lehre der Geheimnisschutz aus öffentlichem Interesse ins Leben gerufen worden ist. Der oben zitierte Faustin-Helie spricht sich an anderer Stelle gegen das absolute Zeugnisverweigerungsrecht aus. Vgl. von Steiger S. 46: Faustin-Helie, zit. von Morizot-Thibaut in Perraud-Charmantier, S. 13.

gehoben wird, so erscheint mir dies als zu weitgehend.[39]) Wenn eine befriedigende Lösung weder mit einer generellen noch mit einer kasuistischen Umschreibung gefunden werden kann, dann bleibt nur ein Mittelweg übrig. Die Auflösungsgründe sind im Gesetz zu formulieren, und zwar nicht eng, sondern derart, dass sie eine, wenn auch sachlich begrenzte Interpretation zulassen.[40]) [41]) Weder der Geheimnisherr noch die Berufsperson soll darüber entscheiden, ob im Einzelfall ein Aufhebungsgrund für die Schweigepflicht vorliegt, denn die Auslegung von Gesetzesbestimmungen durch beteiligte und am Entscheid persönlich interessierte Personen führt häufig zu Fehlurteilen und Streitigkeiten.[42]) Aus diesem Grunde muss die Entscheidung, ob ein Aufhebungsgrund für die Schweigepflicht vorliegt, aussenstehenden sachkundigen Instanzen vorbehalten bleiben.

Es liesse sich denken, dass das Gericht für diese Entscheidung die geeignetste Stelle wäre. Bei näherem Zusehen ergeben sich jedoch bedeutende Nachteile aus einer solchen Regelung. Die Fälle liegen vielfach so, dass die Berufspersonen sich moralisch zur Offenbarung verpflichtet fühlen, dass sie aber eine gewisse Scheu vor dem Gerichtsapparat haben. Vielen Leuten ist es unsympathisch, diesen Mechanismus in Bewegung zu setzen und manchmal geht diese Scheu so weit, dass eine blosse Inanspruchnahme des Gerichts solche Abneigung bereitet, dass man es lieber bleiben lässt und ein Unrecht in Kauf nimmt. Daher empfiehlt es sich, die Entscheidung über das Vorliegen der Aufhebungsgründe einer andern Instanz als dem Gericht anheim zu stellen. In Frage kommt die Behörde, welcher die Aufsicht über die Ausübung der betr. Berufe zusteht. Diese Aufsichtsbehörde ist am Einzelfall nicht interessiert, kennt aber die

---

[39]) In der 2. Exp.-Komm. beantragte Prof. Hafter, dass die Veröffentlichung straflos sein sollte, wenn ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Privatinteresse bestehe. Bundesrat Müller entgegnete darauf, dass « ein öffentliches Interesse zu gefährlich sei, da alles darin einbezogen werden könne. »

[40]) Huber und Burckhardt befürworten in der 2. Exp.-Komm. 1913 eine derartige Regelung.

[41]) Ulrich, S. 118: « Sämtliche anderen Vorschläge (bezügl. Formulierungen der straflosen Offenbarung), welche eine mehr ins Einzelne gehende Regelung anstreben, müssen notgedrungen daran kranken, dass sie entweder unvollständig gehalten sind oder ... » Vgl. Ulrich, S. 111, 112.

[42]) von Overbeck, S. 48 a, 49 a: « Soll man wirklich von allen den Gehilfen und in der Ausbildung Begriffenen eine Interessenabwägung verlangen dürfen, die selbst dem in seinem Beruf gereiften und erfahrenen oft so gut wie unmöglich sein wird, weil die mächtigen Faktoren subjektiven Wertens und Empfindens immer wieder hereinspielen müssen, selbst bei heissestem Bemühen um Objektivität? »

Gepflogenheit und die Aufgaben der ihr unterstellten Berufe genau und wacht über eine sorgfältige Berufsausübung. Diese Aufsichtsbehörde steht den Berufsleuten viel näher als der Richter und sie werden sich daher nicht scheuen, bei ihr um Rat anzufragen. Das eidg. Strafgesetzbuch macht sich diese psychologisch und praktisch sehr einleuchtende Lösung zu eigen. Weiter unten werden wir uns mit dieser Regelung noch eingehend zu befassen haben.[43])

Der Entscheid über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Geheimhaltungspflicht durch die Aufsichtsbehörde kommt nur dann in Betracht, wenn sie um diesen Entscheid angegangen wird. Dies geschieht vernünftigerweise nur durch die Berufsperson, denn nur sie ist schweigepflichtig. Die Aufsichtsbehörde ist keine Auskunftszentrale. Anders verhält es sich, wenn der Staat von sich aus ein Interesse an der Offenbarung geltend macht. Dieser Fall wird besonders bei Zeugenaussagen praktisch. Hier ist es dann der Richter, welcher auf Grund der Prozessgesetzte entscheidet, ob Zeugnis abgelegt werden darf oder gar abgelegt werden muss. Weitere Interessen, welche der Staat an der Offenbarung von Geheimnissen besitzt, sind etwa solche sanitätspolitischer oder statistischer Art.[44]) In den letztgenannten Fällen wird regelmässig eine kasuistische Umschreibung des Tatbestandes stattfinden, weshalb besondere Instanzen zur Auslegung dieser Bestimmungen nicht nötig sind. Ausserdem wird die Rechtswidrigkeit der Offenbarung durch jede Gesetzesvorschrift aufgehoben, welche die Berufspersonen von ihrer Schweigepflicht entbindet.[45])

In welcher *Rechtsnorm* kann die Pflicht zur Geheimhaltung am wirksamsten niedergelegt werden? Weiter oben wurde bereits dargelegt, dass das Gesetz die geeignete Rechtsquelle für die Normierung des Berufsgeheimnisses ist. Nun bleibt noch abzuklären, welches Gesetz sich am besten dafür eignet. Dabei stellt sich die Frage, welches Rechtsgut durch die Verletzung der Schweigepflicht beeinträchtigt wird.[46]) Es ist heute unbestritten, dass das Recht auf eine Geheimsphäre und auf die Unversehrtheit dieser Geheimsphäre ein Persönlichkeitsrecht darstellt.[47]) Das Persönlichkeitsrecht ist aber

---

[43]) Vgl. unten, S. 89 ff.

[44]) Ulrich, S. 62, welcher sich ausführlich mit all den Rechtsvorschriften beschäftigt, die für den Arzt eine straflose Offenbarung vorsehen.

[45]) Vgl. unten, S. 98, 100.

[46]) Vgl. unten, S. 43 ff., insbesondere S. 45.

[47]) Kommentar Gmür, Art. 28, N. 12. Kom. Egger, Art. 28, N. 4c. Giesker, S. 1 ff.

vielfach nicht das einzige Gut, welches durch die Verletzung der Schweigepflicht berührt wird. Auch öffentliche Interessen werden unter Umständen stark in Mitleidenschaft gezogen. Beispielsweise besteht ein grosses öffentliches Interesse an einem pflichtbewussten Aerztestand.[48]) Fehlt dieser, so bedeutet dies für die Volksgesundheit eine Schädigung. Gerade dann, wenn kein Vertrauen auf die absolute Verschwiegenheit des Arztes mehr besteht, werden die Kurpfuscher auf ihre Rechnung kommen. Die « diskrete Fernbehandlung » und ähnliches, was die Volksgesundheit schädigen kann, wird bevorzugt. Ansteckende Krankheiten werden dann nicht rechtzeitig erkannt und nicht sachgemäss behandelt, vorbeugende Massnahmen werden nicht getroffen usw. In diesen Fällen besteht ein öffentliches Interesse an der strikten Wahrung der Schweigepflicht.[49])

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass immer ein Rechtsgut der Persönlichkeit, häufig dazu noch ein Rechtsgut der Allgemeinheit gefährdet und verletzt wird, wenn die Geheimhaltungspflicht nicht innegehalten wird. Solche Interessen dürfen aber nicht ungestraft verletzt werden. Daher gehört nach der herrschenden Rechtsauffassung die Regelung des Berufsgeheimnisses in ein Strafgesetz. Fast alle Länder, welche das Berufsgeheimnis normieren, tun dies im Strafgesetz.[50]) [51])

Allerdings stünde auch ein anderer Weg offen. Man könnte sowohl die Pflicht zur Geheimhaltung als auch die Strafsanktion für die Verletzung dieser Pflicht in Spezialgesetzen aufstellen, welche nur einen oder eine Gruppe von Berufen betreffen.[52]) Diese Regelung hätte den Vorteil, dass solche Gesetze leichter revidiert und den neuen Verhältnissen angepasst werden könnten als ein allgemeines Strafgesetz.

Demgegenüber ist festzuhalten, dass die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter, wenn immer möglich, im Strafgesetz zusammen-

---

[48]) von Overbeck, S. 8, erachtet insbesondere die Berufspflege als geschützt.

[49]) Spinner, S. 430: « Irrationelle Gestaltung von ärztlichen Gesetzen arbeitet dem Kurpfuschertum in die Hände ... Unsere Maxime ist: Eine Regelung, die nicht dem Arzt das Vertrauen der Masse nehmen muss und dadurch den Kurpfuscher begünstigt. Den prophylaktischen Gedanken auch im Berufsgeheimnis festzulegen. » Vgl. Spinner, S. 432 oben!

[50]) Placzek, S. 2—56.

[51]) Spinner, S. 490: « Der höchste Schutz des Berufsgeheimnisses äussert sich in der Aufstellung einer Strafrechtsnorm im Falle der Verletzung. Beinahe alle Staaten haben das Berufsgeheimnis in dieser stärksten Weise geschützt. »

[52]) Spinner, S. 490 unten! Hafter, I S. 5 ff., Liszt, S. 91.

gefasst werden sollen. Die Zusammenfassung in einem einzigen Gesetz ist wohl von überwiegendem Vorteil, zumal die hier geschützten Güter nicht nur einzelnen Individuen zukommen, sondern allen Menschen, und weil darüber hinaus Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiele stehen. Aus diesen Gründen ist das Strafgesetz die gegebene Rechtsquelle, in welcher das Berufsgeheimnis normiert werden soll. Die Fälle, in welchen eine Befreiung von der Geheimhaltungspflicht stattfindet, könnten ebenfalls mit gutem Recht im Strafgesetz geordnet werden, denn sie bedeuten den Ausschluss der Rechtswidrigkeit einer Offenbarung. Praktisch lassen sich jedoch die Ausschliessungsgründe kaum im Strafgesetz aufzählen. Die Anzahl dieser Gründe ist nämlich so gross[53]), dass die Belastung des Gesetzes dadurch beinahe unerträglich würde. So ist es denn auch üblich, dass das Strafgesetz einen Artikel enthält, welcher erklärt, dass Handlungen dann niemals rechtswidrig sein können, wenn ein Gesetz sie gebietet.[54]) Gerade für das eidgenössische Strafgesetz wäre eine Aufzählung der Strafausschliessungsgründe ausgeschlossen, da es vornehmlich kantonales Prozessrecht ist, welches die Offenbarung gebietet. Ferner sind es eine ganze Reihe kantonaler und eidgenössischer Normen, welche die Geheimhaltungspflicht durchbrechen.[55])

Das Vergehen der Geheimnisoffenbarung kann als *Antragsdelikt wie auch als Offizialdelikt* formuliert werden. Das Antragserfordernis besteht in der Regel für solche Tatbestände, welche eher dem Schutze privater Rechtsgüter dienen und an deren Unversehrtheit kein direktes öffentliches Interesse besteht. Ferner besteht das Antragserfordernis häufig dort, wo zwar ein öffentliches Interesse an der Bestrafung vorhanden ist, wo aber der Eingriff von Amtes wegen dem Verletzten u. U. unverhältnismässig schaden könnte. In diesem Fall darf der Geschädigte darüber entscheiden, ob die Strafverfolgung stattfinden soll oder nicht.[56])

Die Ausgestaltung der Geheimnisverletzung als Antrags- oder Offizialdelikt hängt von der jeweils herrschenden Rechtsanschauung ab. In Frankreich, wo hauptsächlich das unerschütterte Vertrauen der Allgemeinheit zu den schweigepflichtigen Berufspersonen ge-

---

[53]) Vgl. eine Uebersicht von kant. Vorschriften, die die Anzeigepflicht für den Arzt statuieren bei Spinner, S. 474.

[54]) Vgl. eidg. StGB., Art. 32, ferner Art. 321, Ziff. 3.

[55]) Vgl. unten, S. 100 ff.

[56]) Hafter, I S. 126.

schützt wird, findet sich das Offizialdelikt (Art. 387 c. p. f.).[57]) Deutschland welches mit dem Berufsgeheimnis in erster Linie ein Persönlichkeitsrecht des Individuums schützen möchte, bildete das Antragsdelikt heraus.[58]) Massgebend mag dabei auch der zweite, oben erwähnte Grund für die Schaffung des Antragserfordernisses sein. Durch die gerichtliche Verfolgung der pflichtvergessenen Berufsperson kann nämlich das Geheimnis um eine Tatsache erst recht gelüftet werden und somit der Schaden des Geheimnisherrn noch bedeutend zunehmen.[59])

Beide Lösungen haben ihre Vor- und Nachteile. Ich schliesse mich der deutschen Auffassung an, muss aber zugeben, dass bei der Ausgestaltung als Antragsdelikt recht unerquickliche Fälle passieren können. Beispielsweise kann ein wirklich berechtigtes öffentliches Interesse an der Bestrafung eines pflichtvergessenen Arztes oder Anwaltes bestehen und der geschädigte Patient bzw. Klient rührt sich nicht. In diesen Fällen führt das Antragserfordernis zu keiner erfreulichen Lösung. Eine differenzierte Formulierung des Tatbestandes als teilweises Antrags- und teilweises Offizialdelikt ist praktisch nicht zu verwirklichen. Eine Lösung wäre nur in einer Umgestaltung des Strafantrages zu finden.[60])

---

[57]) Chauveau-Faustin, Bd. 6, S. 537: « l'obligation prescrite par l'art. 387 a été établie dans un intérêt général. »

[58]) Rger. Bd. 26, S. 6 : « als Privatgeheimnisse müssen solche Geheimnisse bezeichnet werden, deren Bekanntwerden nicht im Interesse der betreffenden Personen liegt, vielmehr geeignet ist, deren Ehre, Ansehen oder Familienverhältnisse zu beeinträchtigen oder zu schädigen. »
Vgl. Rger. Bd. 13, S. 62, wo das Reichsgericht die Privatgeheimnisse als solche Geheimnisse definiert, « an deren Bewahrung Privatpersonen interessiert sind. »
Vgl. Spinner, S. 441: « Gemäss dem privaten Charakter des Paragraphen ist auch die Möglichkeit des Privaten vorhanden, sich seines Rechtes auf die Schweigepflicht zu begeben . . . »

[59]) Protokoll 1. Exp.-Komm., Bd. 2, S. 14: « Der letztere (Geheimnisherr) hat ein Recht darauf, dass sein Geheimnis nicht ohne seinen Willen an die grosse Glocke gehängt werde. Dies geschieht, wenn gegen jeden, der ein ihm anvertrautes Geheimnis verraten hat, von Amtes wegen eingeschritten wird, selbst dann, wenn die Mitteilung nur im engsten Kreis gemacht wurde. » Vgl. Ulrich, S. 42.

[60]) Die Initiative müsste nicht nur bei dem geschädigten Privaten liegen, sondern auch der Staat sollte etwas mitzureden haben. Beispielsweise müsste er lediglich eine Zustimmung zur Strafverfolgung verlangen, welche leichter gegeben würde als die selbständige Antragstellung durch den Geschädigten.

II. TEIL

Die Regelung des Berufsgeheimnisses im schw. StGB.

1. Abschnitt

Entstehung des Art. 321

Der Vorentwurf von 1894 hat folgenden Art. 88: « Wer ein Berufsgeheimnis verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu Fr. 10 000.— oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden. »

In den ebenfalls 1894 erschienenen Motiven führt Prof. Stooss aus[1]), dass sich der genannte Vorentwurf im Art. 88 derjenigen Regelung anschliesse, welche die welschen Kantone sowie Bern und Luzern getroffen hätten.[2]) Ein Berufsgeheimnis liege stets dann vor, « wenn eine Berufsperson mit Rücksicht auf die Ausübung ihres Berufes eine Mitteilung entgegennimmt, von der sie der Natur der Sache nach nur insoweit Gebrauch machen darf, als der berufliche Zweck es erfordert. » (S. Note 1.)

Verschiedene Einwendungen erhoben sich gegen diese Formulierung des Art. 88.[3]) Die einen verlangten die Beschränkung der Zahl der Schweigepflichtigen und wollten diese Personen näher umschreiben. Die andern leiteten die Diskussion über das Antragserfordernis ein. Die Befürworter des Antrags machten geltend, dass gegen den Willen des Geheimnisherrn das Geheimnis nicht an die grosse Glocke gehängt werden dürfe. Die Gegner des Strafantrags, angeführt von Stooss, vertraten die Auffassung, dass der Staat u. U. ein Interesse an der Bestrafung eines pflichtvergessenen Arztes oder Anwaltes habe, weshalb das Antragserfordernis an dieser Stelle nur hinderlich sei. Stooss unterlag und der Antrag wurde zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht. Ferner wurde auf den Begriff der unbefugten Verletzung mehr Gewicht gelegt, indem man das Wörtchen « unbefugt » in den Text einfügte.[4])

---

[1]) Stooss, Motive, S. 175 ff.

[2]) Stooss, Grundzüge des Schweiz. Strafrechts II S. 169.

[3]) Prot. 1. Exp.-Komm. Bd. II S. 12 ff.

[4]) Vgl. Art. 94 in Prot. 1. Exp.-Komm. II S. 561, wo Stooss eine erste Fassung des neuen Art. 94 nach den Wünschen der Kommission gibt.

Im Vorentwurf 1896, im dritten Abschnitt « Verbrechen gegen den Frieden und die öffentliche Sicherheit » figuriert folgender Art. 94: « Wer jemandem unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seines Berufes geheim zu halten verpflichtet war, wird auf Antrag mit Geldstrafe bis zu Fr. 10 000.— oder mit Gefängnis bestraft. »

Der Vorentwurf 1903, welcher im Juni des genannten Jahres veröffentlicht wurde, enthält die gleiche Formulierung wie der Entwurf von 1896. Allerdings ist es jetzt nicht mehr der Art. 88, sondern der Art. 108, welcher das Berufsgeheimnis regelt.

Die kleine Expertenkommission, welche 1907 eingesetzt wurde, änderte unter dem Einfluss einer starken Kritik[5]) den Text des bisherigen Art. 108 ganz bedeutend ab. Leider existieren keine Protokolle über diese Verhandlungen. Zunächst erfolgte eine abschliessende Aufzählung der geheimhaltungspflichtigen Berufe. Nicht nur die Angehörigen dieser ausdrücklich genannten Berufe, sondern auch deren Gehilfen wurden zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Wendung « unbefugt », welche im Reichsstrafrecht bei der einschlägigen Bestimmung über das Berufsgeheimnis eine ziemliche Verwirrung gestiftet hat, wird gestrichen. Dagegen nahm man die Einwilligung des Berechtigten als Aufhebungsgrund für die Schweigepflicht in den Entwurf auf. Neu ist ferner, wie der Artikel die Art und Weise umschreibt, auf welche die Berufsperson die Tatsache in Erfahrung bringen muss, damit die Schweigepflicht entsteht.

Art. 192 des Entwurfes von 1908 steht im 12. Abschnitt « Berufsverbrechen». Er lautet: « Wer als Geistlicher, als Rechtsanwalt, als Verteidiger, als Notar, als Arzt, als Apotheker, als Gehülfe solcher Personen oder als Hebamme ein Geheimnis, das ihm zufolge seines Berufes anvertraut worden ist, oder das er in der Ausübung seines Berufes wahrnimmt, ohne Einwilligung des Berechtigten offenbart, wird auf Antrag mit Busse oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden. »

---

[5]) Finger VIII S. 402: Der Autor kritisiert, dass das « Gesetz » nicht sagt, wer zur Geheimhaltung zufolge Berufes verpflichtet ist. Die Bestimmung wäre nach Finger brauchbar als Strafsanktion zu anderswo aufgestellten Normen, in denen Geistlichen, Aerzten, Anwälten etc. eine Schweigepflicht auferlegt wird.
Gleiche Kritik übt Werner, S. 179 ff. Vgl. Hafter, Bibliographie, Art. 108.

Der Art. 211 II ergänzte den Art. 192 dadurch, dass die in Art. 192 genannten Personen von der Pflicht zur Anzeige von Verbrechen entbunden wurden.[6])

In der zweiten grossen Expertenkommission[7]) stellte Prof. Hafter einen Antrag[8]), wonach Art. 192 folgenden zweiten Absatz erhalten sollte: « Der Täter ist straflos, wenn die Preisgabe des Geheimnisses mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt, oder wenn die Preisgabe durch ein öffentliches oder ein berechtigtes Privatinteresse geboten ist. »

Gegen diese Formulierung erhob sich der Widerspruch, dass der Begriff des öffentlichen Interesses zu vage sei und alles in ihn hineininterpretiert werden könne.[9]) [10]) Nur bei einer durch den Fortbestand des Geheimnisses gegebenen Gefährdung und auch dann nur, wenn diese Gefahr erheblich sei, dürfe offenbart werden.[11]) Eine welsche Minderheit lehnte sogar jede Möglichkeit einer straflosen Offenbarung ab, da sie der französischen Auffassung vom absoluten Geheimnis huldigte. Von der Gegenseite fiel die Bemerkung, dass die straflose Offenbarung im Falle des berechgitten Privatinteresses durchaus angebracht sei. Würde eine derartige Bestimmung im Gesetze fehlen, so bediene sich die betr. Berufsperson zweifellos der Bestimmung über den Notstand, um ihre Interessen wahren zu können.

Der Kuriosität halber sei angeführt, dass bei diesen Beratungen ganz plötzlich die Frage auftauchte, ob der Bund eigentlich eine Schweigepflicht im Strafgesetz aufstellen könne oder ob die Statuierung der Geheimhaltungspflicht den Kantonen zukomme.[12]) Ganz

---

[6]) Zürcher, S. 351: « Die Berufstreue geht in dieser Beziehung der Bürgerpflicht vor. »

[7]) Vgl. Protokoll der 2. grossen Expertenkommission, Bd. 4, S. 363 ff., Bd. 5, S. 88 ff., S. 236 ff., Bd. 8, S. 309 ff.

[8]) Antrag Hafter, Bd. 4, S. 363 ff., Art. 211 wird gestrichen.

[9]) Vgl. Bundesrat Müller in 2. Exp.-Komm.

[10]) Prof. Delaquis beantragt, das « berechtigte Privatinteresse » im Antrag Hafter zu streichen.

[11]) Vgl. C. C. Burckhardt in 2. Exp.-Komm.

[12]) Reichel führte aus, dass das StGB. nur sagen könne, dass *da, wo* eine Schweigepflicht besteht, bestraft werden kann. Das StGB. könne aber nicht das Geheimnisrecht regeln, m. a. W. die Schweigepflicht aufstellen. Letzteres stehe den Kantonen zu. Aehnlich Huber, welcher behauptete, dass das StGB. nicht materiell das Berufsgeheimnis ordnen könne. Dies ginge über ... den Rahmen des StGB. hinaus und wäre ein Eingriff in das kantonale Recht.

verschiedene Ansichten wurden geäussert. Zu Recht hielt Burckhardt gegenüber anderslautenden Aeusserungen fest, dass der Bund das Berufsgeheimnis insoweit regeln könne, als es strafrechtlich in Betracht käme. Wenn der Bund die Regelung der Schweigepflicht den Kantonen überlassen und sich mit der blossen Aufstellung einer Strafbestimmung für die Verletzung der Schweigepflicht begnügen würde, so entstünde sehr leicht eine unerwünschte Rechtsungleichheit unter den einzelnen Kantonen.

Ueber die geheimhaltungspflichtigen Personen äusserte sich eine Minderheit dahin[13]), dass nur die Geistlichen der öffentlichen Religionsgesellschaften unter das Strafgesetz fallen sollten. Dem gegenüber setzte sich die Auffassung durch, dass alle Geistlichen der Schweigepflicht zu unterwerfen sind. Das Hauptargument war, dass der Bund den einzelnen Religionsgesellschaften vorurteilslos gegenüber stehe, und keinerlei Scheidung in irgendwelche Kategorien von Geistlichen mache. Eine Sonderstellung wurde für die Medizinstudierenden geschaffen.[14]) Während diese ursprünglich als Gehilfen angesehen worden waren, so erkannte man jetzt richtig, dass z. B. Medizinstudenten, welche im Hörsaal einer Demonstration lediglich zusehen, nicht Gehilfen des demonstrierenden Dozenten sind. Im neuen Entwurf werden daher die Medizinstudierenden gesondert aufgeführt.

Die Schweigepflicht dauert nicht nur bis zur Beendigung der Berufsausübung. Sie besteht vielmehr auch nach dem Abschluss der Berufsausübung oder der Studien weiter. Der Entwurf führt dies expressis verbis aus.

Der Bundesratsentwurf 1918 war das Ergebnis all dieser Beratungen. Der Art. 285 brachte folgende Regelung des Berufsgeheimnisses :

Zürcher vertrat die entgegengesetzte Ansicht, er führte aus, dass das StGB. auch selbständig Rechtsgüter aufstellen kann. Die kant. Regelungen sollen nach Zürcher durch das eidg. StGB. aufgehoben werden. Burckhardt äussert sich zu dieser Kontroverse dahin, dass der Bund das Berufsgeheimnis regeln könne, soweit es strafrechtlich in Betracht kommt. Dies sei kein unerlaubter Eingriff in das kantonale Recht.

[13]) Antrag Huber: « Geistliche öffentlicher Religionsgesellschaften ». Demgegenüber Burckhardt: « Gerade weil der Staat den einzelnen Religionen vorurteilslos gegenübersteht, können wir die Scheidung nicht machen. Von Angehörigen gewisser Berufe muss eben im Interesse der einzelnen, mit denen sie in Verbindung treten, verlangt werden, dass sie Schweigen bewahren. »

[14]) Antrag Hafter: « Studierende der Medizin ». Bd. 8, S. 312 ff.

1. « Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Aerzte, Apotheker, Gehilfen solcher Personen und Hebammen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen zufolge ihres Berufes anvertraut wird oder das sie bei der Ausübung ihres Berufes wahrnehmen, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Ebenso werden bestraft Medizinstudierende, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihren Studien wahrnehmen.

Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach der Beendigung der Berufsausübung oder der Studien. »

2. « Die Offenbarung ist nicht strafbar, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist. »

Damit fanden die Kommissionsberatungen ihren Abschluss. Es folgten *die Beratungen in den Kommissionen der eidgenössischen Räte.* Der Nationalrat hatte die Priorität. Seine Kommission begann sich 1921 mit dem Entwurf zu befassen. Art. 285 war am 9. September 1926 zum ersten Male Gegenstand der Beratung. In der ständerätlichen Kommission kam Art. 285 erstmalig am 13. Oktober 1930 zur Sprache, also nach Beginn der Verhandlungen in der Bundesversammlung, welche 1928 ihren Anfang nahmen. Da die Kommissionsberatungen zeitlich mit den *Beratungen in der Bundesversammlung* zusammenfallen, kommen diese im folgenden gemeinsam zur Darstellung.

Zunächst die *schweigepflichtigen Personen.* Ein Kommissionsantrag des Ständerates lautete:[15]) « Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Aerzte, Apotheker, Gehilfen solcher Personen und Hebammen sowie überhaupt alle diejenigen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen zufolge ihres Standes oder Berufes anvertraut worden ist... » Der Nationalrat lehnte diese Generalklausel « sowie überhaupt... » ab.[16]) Selbst in der ständerätlichen Kommission erhob sich gegen diese Formulierung Widerspruch.[17]) Keller z. B. sah « die Generalklausel als zu weitgehend an, weil sie sogar das auf Grund von privatrechtlichen Verträgen anvertraute Geheimnis in sich schliesst. » Wettstein bemerkte zu diesem Thema im Ständerat:[18]) « Es gibt ein gesetzliches Berufsgeheimnis, aber auch ein

---

[15]) Sten. Bull. Ständerat 10. 12.1931, S. 231, 233.
[16]) Sten. Bull. Nationalrat 21. 6. 1934, S. 711.
[17]) Prot. Komm. Ständerat, Bd. 4, S. 218, 230 vom 10. 5. 1935.
[18]) Sten. Bull. Ständerat 19. 6. 1935, S. 332, 335.

solches, das durch Gewohnheitsrecht und Standesvorschriften gewährleistet wird. Sollte auch letzteres geschützt werden? Das ginge zu weit. Demnach sollen nur die durch irgendein Gesetz zur Geheimhaltung verpflichteten Personen vom StGB. berührt werden. » Der Ständerat billigte diese Auffassung und die neue Fassung lautete: « sowie überhaupt alle Angehörigen, eines nach Gesetz zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufes. »

Der Nationalrat hielt demgegenüber am Bundesratsentwurf fest und Seiler führte als Sprecher der Kommission darüber aus:[19]) « Die Verallgemeinerung im Ständeratsentwurf überlässt den Kantonen die gesetzliche Bestimmung. Dies führt zu Ungleichheiten. Das StGB. soll den genau umschriebenen Kreis festhalten. »

Zu einer Einigung kam es erst am 2. März 1937[20]), als der Ständerat sich dem Nationalrat anschloss. Im grossen ganzen blieb es bei der Fassung des Bundesratsentwurfes 1918, mit der Abweichung allerdings, dass auch die nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren als schweigepflichtig angeführt werden.

Die *Ziffer 2 des Art. 285* war lange Gegenstand eingehender Beratungen. Wettstein machte im Ständerat[21]) geltend, dass « höheres Interesse » zu vage sei. Daher schlug er vor: « Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde oder des Berechtigten offenbart hat. » Gegen diese Fassung wehrte sich vergebens eine welsche Minderheit[22]) mit dem Argument, dass das Geheimnis absolut sein solle[23]), selbst mit der Einwilligung des Berechtigten dürfe es keine straflose Offenbarung geben. Der Kommissionsantrag, welchen Wettstein vertreten hatte, wurde im Ständerat angenommen. Damit war jedoch die Diskussion über die Ziffer 2 auf seiten des Ständerates noch nicht abgeschlossen.

Bezüglich der *schriftlichen Einwilligung* lebte die Kontroverse schon im Februar 1936 wieder auf. Bundesrat Baumann schlug in

---

[19]) Sten. Bull. Nationalrat 12. 6. 1936. S. 788.

[20]) Sten. Bull. Ständerat 2. 3. 1936, S. 804.

[21]) Sten. Bull. Ständerat 19. 5. 1935, S. 335.

[22]) Martin im Ständerat. Vgl. Sten. Bull. Ständerat 1935, S. 335.

[23]) Diese welsche Minderheit schliesst sich dem französischen Gedanken an und verficht die Lehre vom absoluten Berufsgeheimnis. In den Beratungen taucht die Auffassung von der strikten Wahrung des Berufsgeheimnisses immer wieder auf, jedoch ohne einen sichtbaren Erfolg zu erringen. Vgl. weiter unten Martin in Kommission des Ständerats, Bd. 4, S. 362.

der Kommission des Ständerates vor[24]), die Schriftlichkeit zu streichen. Iten, welcher diese Formvorschrift ebenfalls fallen lassen wollte, fragte, ob die schriftliche Einwilligung vorgängig der Offenbarung erteilt werden müsse. Die Schriftlichkeit könne nämlich zu unnötigen Erschwerungen für die Erteilung der Zustimmung führen.[25]) In der Abstimmung erklärte sich die Mehrheit für die Schriftlichkeit. Die Protokolle geben leider keine nähere Auskunft über die Beweggründe, welche zu diesem Ergebnis führten.

Mit der *vorgesetzten Behörde* und *deren Entscheidungsbefugnis* befasste sich die ständerätliche Kommission wenig später.[26]) [27]) Zwei Ansichten standen sich gegenüber. Wettstein erklärte zu diesen Fragen: « Gemeint ist hier nur die Straflosigkeit einer Offenbarung, wenn die Berufsperson ihre Aufsichtsbehörde unter Darlegung der Verhältnisse um die Einwilligung dazu ersucht. Die Behörde hat dann zu prüfen, ob ein höheres Interesse die Offenbarung rechtfertigt. » In dieser Aeusserung kommt deutlich die Auffassung zum Ausdruck, dass die Formulierung mit der « Aufsichtsbehörde » lediglich diejenige mit dem « höheren Interesse » ersetzen soll und dass die Aufsichtsbehörde über das Vorliegen dieses höheren Interesses zu entscheiden hat. Nicht anders denkt Hildebrand[28]), welcher zu Art. 284 den Antrag stellt: « Die Offenbarung darf nur vorgenommen werden, wenn es zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist und die Einwilligung der vorgesetzten Amtsstelle erfolgt. »

Eine andere Ansicht vertrat B. R. Häberlin:[29]) « Oft kann zwar kein höheres Interesse zur Bekanntgabe eines Geheimnisses vorliegen, aber auch kein Grund zur Geheimhaltung mehr bestehen. In diesem Falle sollte einfach die vorgesetzte Behörde entscheiden und in die Offenbarung einwilligen können. » Abweichend von seiner andernorts geäusserten Auffassung nimmt Wettstein hier einen ähnlichen Standpunkt wie B. R. Häberlin ein: « Setzt man die Voraussetzungen kumulativ, so verlangt man von den Behörden den Nachweis eines höheren Interesses. Dies ginge wohl zu weit. »

---

[24]) Prot. Kommission des Ständerats 24. 2. 1936. Bd. 4, S. 293.
[25]) Eine Antwort auf diese Frage lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen.
[26]) Prot. Kommission des Ständerats 16. 4. 1936, Bd. 4, S. 300.
[27]) Sten. Bull. Ständerat 19. 5. 1935, S. 335.
[28]) Prot. Komm. Ständerat 13. 10. 1930, Bd. 3, S. 264.
[29]) Prot. Komm. Ständerat 13. 10. 1930, Bd. 3, S. 264. Häberlin scheint der Auffassung zu sein, dass ein Grund zur Geheimhaltung nur dann besteht, wenn die Offenbarung einen Schaden verursachen würde.

Zur gleichen Frage äusserte sich auch ein Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 6. April 1936.[30]) Dieses Gutachten ist die Antwort auf folgenden Antrag Kellers: « Diese Behörde kann die Einwilligung zur Offenbarung erteilen, wenn es sich um die sonst nicht erreichbare Aufklärung eines Verbrechens handelt. » Das Gutachten führt dazu aus: « Es lassen sich neben der Abklärung eines Verbrechens auch andere höhere und öffentliche Interessen denken, bei denen die Preisgabe eines Geheimnisses als gerechtfertigt betrachtet werden darf. » Das Departement befürwortete es, « den Entscheid über die Befreiung von der Geheimhaltungspflicht den Behörden zu überlassen, ohne ihrem Ermessen eine bestimmte Einschränkung zu setzen. »

Der Ständerat entschloss sich zu folgender Formulierung:[31]) « . . . wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer schriftlichen Einwilligung der vorgesetzten Behörde oder der Aufsichtsbehörde geoffenbart hat. »

Vergeblich lief wiederum eine welsche Minderheit Sturm gegen Ziffer 2, speziell gegen die Möglichkeit einer straflosen Offenbarung mit Einwilligung der vorgesetzten Behörde.[32]) Ihr Argument, dass es zwar Aufsichtsbehörden gebe, dass aber deren Aufsicht auf Disziplinarisches beschränkt sei, nämlich darauf, dass die Betreffenden ihren Beruf in schicklicher Art ausübten, wurde nicht beachtet.

Auch in den Beratungen der nationalrätlichen Kommission[33]) tauchte die Frage auf, ob die Aufsichtsbehörde von der Schweigepflicht befreien dürfe und nach welchen Grundsätzen sie dabei entscheiden solle. Huber lehnt eine solche Möglichkeit ab. « Dies gehe zu weit und entspringe einer zu largen Auffassung von der Geheimnispflicht. » Roth beanstandet, dass der Entwurf keine Anhaltspunkte gibt, nach welchen Erwägungen über die Erteilung der Einwilligung entschieden werden soll. Er beantragt ebenfalls die « vorgesetzte Behörde » zu streichen. Scherrer schlägt vor[34]), dass die vorgesetzte Behörde nur auf Antrag des Berechtigten die Einwilligung erteilen dürfe. Der Nationalrat akzeptiert diesen Antrag[35]), welchen die Kommission sich schon vorher zu eigen gemacht hatte

[30]) Prot. Komm. Ständerat, Bd. 4, S. 303 ff.
[31]) Sten. Bull. Ständerat 24. 4. 1936, S. 362.
[32]) Prot. Komm. Ständerat Bd. 4, S. 362. Sprecher ist Martin.
[33]) Prot. Komm. Nationalrat 16. 5. 1936, Bd. 4, S. 322.
[34]) Prot. Komm. Nationalrat 16. 5. 1936, Bd. 4, S. 326.
[35]) Sten. Bull. Nationalrat 12. 6. 1936, S. 788.

und formulierte folgendermassen: « Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Antrag des Geheimnisträgers erfolgten schriftlichen Einwilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde geoffenbart hat. » Diese Fassung wurde stilistisch noch etwas verbessert. Der Ständerat nahm sie am 2. März 1937 an.[36])

Die *Ziffer 3 des Art. 285* geht auf einen Vorschlag sowohl von Keller wie des eidg. Justiz- und Polizeidepartements zurück.[37]) Der Antrag der beiden genannten lautete: «Vorbehalten bleiben die Vorschriften des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, die sich auf die Auskunftspflicht bei Pfändung und Konkurs beziehen, die Vorschriften eidg. und kantonaler Prozessgesetze über die Zeugnispflicht sowie die Vorschriften eidg. und kant. Gesetze, die Ausnahmen vom Berufsgeheimnis festsetzen. »

Das Departement bemerkt in seinem Bericht zu diesem Fragenkomplex: « Früher war ein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten dieser eidg. und kant. Bestimmungen weniger nötig, da Ziff. 2 fehlte und als einziger Strafausschliessungsgrund die Einwilligung des Berechtigten erwähnt war. Damals konnte man leichter erkennen, dass die Strafausschliessungsgründe in andern Gesetzen zu suchen seien. Jetzt aber, wo in einer besonderen Ziffer Strafausschliessungsgründe aufgezählt sind, liesse sich die Annahme wohl rechtfertigen, es handle sich hier um eine abschliessende Aufzählung. Im Verhältnis zu andern eidg. Gesetzen kann der Grundsatz « lex posterior derogat legi priori » zu dieser Annahme Anlass geben. Gegenüber kant. Gesetzen « eidg. Recht geht kant. Recht vor ». Derartige Unsicherheiten sind auszuschliessen. »

Recht interessant ist auch die Erläuterung Dr. Kuhns vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement[38]), welcher zum Ausdruck bringen will, dass sich hier dieser Vorbehalt beim Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs auf die Vorschriften über die Auskunftspflicht, bei den Prozessgesetzen dagegen auf die Vorschriften über die Zeugnispflicht bezieht. Bolla schlug eine einfachere Fassung der Ziffer 3 vor. Er möchte eher von einer ausdrücklichen Aufzählung einzelner Gesetze absehen, da nach seiner Ansicht bei dem vorgeschlagenen Texte andere Normen, welche auch zu berücksich-

---

[36]) Sten Bull. Ständerat 2. 3. 1937, S. 804.
[37]) Prot. Komm. Ständerat 1. 10. 1936, S. 345 ff.
[38]) Prot. Komm. Ständerat 1. 10. 1936, Bd. 4, S. 345 ff.

tigen wären, ausgeschlossen würden. Wettstein stellte auf Grund der gleichen Ueberlegungen folgenden Antrag: « Vorbehalten bleiben die Vorschriften eidg. und kant. Gesetze über die Auskunfts- und die Zeugnispflicht, sowie die Vorschriften eidg. und kant. Gesetze, über Ausnahmen vom Berufsgeheimnis festsetzten. »

Dieser Antrag wurde von der Kommission angenommen und dem Ständerat unterbreitet.[39]) Wettstein erläuterte dazu: « Nach dem Kommissionsantrag bleiben die andern in eidg. und kant. Gesetzen enthaltenen Einschränkungen des Berufsgeheimnisses vorbehalten, nicht dagegen die darin enthaltenen Strafsanktionen. Die Strafsanktionen sind künftig dem Art. 285 zu entnehmen. » Der Ständerat nahm diesen Antrag an. Die Kommission des Nationalrats hielt die ständerätliche Fassung für zu lang und kürzte sie:[40]) « Vorbehalten bleiben die eidg. und kant. Bestimmungen über die Auskunfts- und Zeugnispflicht. » Seiler führte als Sprecher der Kommission dazu aus: « Absatz 3 ist eine Selbstverständlichkeit. Sein Inhalt ergibt sich schon aus der Abgrenzung vom materiellen Strafrecht, da die prozess- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen vorbehalten sind. »

Nachdem noch einige kleinere Verbesserungen am Absatz 3 vorgenommen worden waren, nahm der Nationalrat die Ziff. 3 an. Der Ständerat hiess die Fassung des Nationalrats am 2. März 1937 gut.

Art. 321 hat heute folgenden Wortlaut:

Verletzung des Berufsgeheimnisses

1. « Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Aerzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Studien strafbar.

[39]) Sten. Bull. Ständerat 7. 10. 1936, S. 384.
[40]) Sten. Bull. Nationalrat 22. 12. 1936, S. 796.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.

3. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. »

2. Abschnitt

Inhalt des Art. 321

§ 1. Das Rechtsgut

Das Strafrecht dient dem Schutze von Rechtsgütern.[41]) Welches Rechtsgut wird nun in Art. 321 geschützt?

Vielfach schirmt ein einziger Artikel des Strafgesetzes mehrere Rechtsgüter. Wie wir weiter unten sehen werden, ist dies auch hier der Fall. Die Lebensinteressen, welche der Art. 321 schützt, sind zahlreich. Diese Tatsache wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass das Gesetz nur ein einziges Gut ausdrücklich nennt. Das Gesetz bestraft die unberechtigte Offenbarung eines Geheimnisses. Nichts ist näher liegend als dass hier *der Bestand des Geheimnisses* das geschützte Rechtsgut ist.

Trotzdem besteht über den Inhalt der hier in Frage kommenden Interessen eine Anzahl verschiedener Auffassungen. Nach der einen Lehre wird ein *soziales Interesse* als besonders schützenswert angesehen. Liebmann[42]), welcher der extremste Vertreter dieser Lehre ist, geht soweit, dass er in der Bestimmung über den Geheimnisschutz ausschliesslich ein soziales Rechtsgut als gewahrt erachtet. Er führt aus, dass auch, wo der Rechtsschutz nur dem Einzelnen zugute kommt, doch nicht sein Wille, sondern grundsätzlich der im Gesetz zum Ausdruck kommende Gemeinschaftswille für die Rechtsschutzbedürftigkeit der angegriffenen Interessen massgebend sei. Diese Meinung Liebmanns trifft für das eidg. Strafgesetzbuch nicht zu. Schon das Antragserfordernis spricht dagegen.

Eine gemässigtere Auffassung hat Spinner.[43]) Obwohl auch er das Schwergewicht des Rechtsschutzes auf das soziale Merkmal legt,

---

[41]) Hafter, Lehrbuch I, S. 88: « Strafrecht ist Rechtsgüterschutz ».

[42]) Liebmann, S. 29, gl. Ansicht Wachenfeld, S. 70.

[43]) Spinner, S. 489. Dieser Autor schreibt über ärztliche Rechtsfragen, weshalb bei ihm nur vom Arzte, nicht aber von andern Personenkreisen die Rede ist.

nimmt er daneben noch andere Interessen als geschützt an. Spinner schreibt, « dass nicht um das von der Allgemeinheit losgelösten Individuums willen und seines Verhältnisses zu diesem der Arzt schweigen müsse, sondern weil es zur Erreichung des die Allgemeinheit umfassenden Zweckes eine gebotene Möglichkeit sei. » An anderer Stelle führt Spinner aus, « dass der Schweigepflicht öffentliche Bedeutung zukommt. Diese Bedeutung ist es, welche einem strafrechtlichen Schutze rief. » Spinner sieht neben diesem sozialen Rechtsgut das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient sowie den auf Geheimhaltung gerichteten Willen des Patienten als geschützte Interessen an.

Eine andre Lehre erachtet *das Vertrauen,* welches der Berufsperson entgegengebracht wird, als Schutzobjekt. Ihr Vertreter ist Hippe[44]) welcher ausführt, dass als Rechtsgut das Interesse erscheint, « dass ein Vertrauen nicht getäuscht werde, das man oft betätigen muss auch dem gegenüber, bei welchem man vielleicht die moralischen Fähigkeiten vermisst, welche die Bewahrung anzuvertrauender Privatangelegenheiten verbürgen. » Hippe schlägt vor, der Staat müsse eine Garantie dafür schaffen, « dass das Vertrauen ohne Schaden betätigt werden kann. » Er verfällt dabei der gleichen Einseitigkeit wie Liebmann, indem er ein einziges Rechtsgut, nämlich das Vertrauen, durch die einschlägige Bestimmung als geschützt erachtet.

Gegen die Vertrauenstheorie wenden sich Sauter[45]) und Mittermaier.[46]) Diese beiden Autoren lehnen die genannte Lehre ab, da die einschlägige Gesetzesbestimmung (hoc loco Art. 321) nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn der Arzt « ausschliesslich deshalb in die Lage kam, seinen Beruf auszuüben, weil der Auftraggeber oder der Mitteilende auf seine Diskretion baute ». Mittermaier betont hinsichtlich der Vertrauenstheorie, dass bei ihr der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Vertrauen und beruflicher Inanspruchnahme erforderlich sei.

Andere wiederum betrachten *das Interesse an der Geheimhaltung* als geschützt. V. Liszt[47]) ist Vertreter dieser Auffassung. Nach seiner Ansicht sind Privatgeheimnisse « jene Tatsachen des Privatlebens, an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen,

[44]) Hippe, S. 284.
[45]) Sauter, Geschichte und Zweck des Berufsgeheimnisses, S. 34 f.
[46]) Mittermaier, S. 197 ff.
[47]) Liszt, S. 406 f.

ein Interesse hat ». Sauter[48]), welcher sich eingehend mit dieser Lehre befasst, sieht das Interesse als einen objektiven, von Standesanschauungen zwar beeinflussten, von persönlichen Empfindungen und Gefühlen aber unabhängigen Begriff an. Der gleiche Autor vertritt die Ansicht[49]), dass der Geheimnisverrat ein Interesse nur dann verletze, wenn er nachteilig in die Rechtssphäre des Menschen eingreift oder auf dessen wirtschaftliche Lage ungünstig einwirkt, indem er Vermögen oder Ehre, geschäftlichen Kredit oder ein sonstiges Lebensgut beeinträchtigt. Eine blosse Laune ist nach Sauters Auffassung kein Interesse und reine Willkür kann ein solches nicht schaffen. Die Interessentheorie trifft für unsern Fall nicht zu, da eine Schädigung nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit der Offenbarung ist. Im übrigen lässt sich die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall ein solches Interesse an der Geheimhaltung vorhanden ist, oft schwer treffen.[50])

Die Willenstheorie, deren prominentester Vertreter Binding ist, lehrt: « bei der Verletzung von Privatgeheimnissen liegt das Delikt in der verbotenen Missachtung eines fremden Willens oder einer fremden Willenserklärung. »[51]) « Der Wille der Geheimnisbewahrung wird geschützt. »[52]) Sauter[53]) befürwortet ebenfalls die Willenstheorie: « Alle diese Unzulänglichkeiten (der andern Theorien) verschwinden, sobald wir den durch die Offenbarung missachteten Geheimhaltungswillen als Schutzobjekt anerkennen. » Schmalzl[54]) erachtet den Geheimhaltungswillen als begriffsnotwendigen Bestandteil des Berufsgeheimnisses.

Mit der Willenslehre kommt man zu eindeutigen Ergebnissen, wenn eine klare Willensäusserung vorliegt. Sehr oft wird eine solche jedoch fehlen. Man denke an Bewusstlose, an Geisteskranke, an Kinder etc.! Bei diesen Fällen muss sich die genannte Theorie mit einer Fiktion helfen. « Der Schweigepflichtige wird regelmässig, wenn er auf irgend eine Weise aus den Umständen des Falles ein Interesse an der Geheimhaltung erkannt hat, daraus auf den Willen des Berechtigten schliessen müssen », wobei nach Schmalzl[55])

[48]) Sauter, Geschichte, S. 32 f.
[49]) Sauter, a. a. O., S. 34.
[50]) Schmalzl, S. 28 ff und Lehmann, S. 37 lehnen die Interessentheorie ab.
[51]) Binding, Lehrbuch bes. Teil. I. S. 80 ff.
[52]) Binding, S. 127.
[53]) Sauter, S. 37 ff.
[54]) Schmalzl, S. 27 f.
[55]) Schmalzl, S. 29.

« sämtliche Umstände des Einzelfalles einen Rückschluss auf einen vorhandenen Willen zulassen ». Anders urteilt Finger[56]), nach welchem die Sitte an Stelle der Willenserklärung tritt, wenn diese fehlt. Die Geheimhaltungspflicht kann nach dem genannten Autor u. U. aus der « Natur der Sache » hervorgehen.

Originell ist die Ansicht Lehmanns.[57]) Dieser konstruiert analog dem Sachbesitz einen « *Geheimnisbesitz* ». Dieser Geheimnisbesitz ist ein tatsächliches Verhältnis, welches Rechtsschutz geniesst.

Von Bedeutung ist diejenige Theorie, welche vornehmlich ein *Rechtsgut der Persönlichkeit* als geschützt erachtet. Diese Lehre stützt sich auf das Zivilrecht, welches das Recht auf eine Geheimsphäre wahren hilft.[58]) Nach Giesker[59]) schützt das objektive Recht die « eigene Geheimsphäre des Privaten », indem es sie zum Rechtsgut erhebt. Dieses Recht an der eigenen Geheimsphäre ist ein Individualrecht, welches in unserm Fall durch das Strafgesetz gewahrt wird.[60])

Nach von Overbeck[61]) gilt der Strafschutz weniger der Geheimsphäre als der *Berufspflege:* « Der Schutz des Berufsgeheimnisses ist nicht so sehr ein selbständiger Geheimschutz als vielmehr ein Bestandteil des Schutzes, der den auf eine bestimmte berufliche Hilfe angewiesenen Rechtsgütern zuteil wird. »

Die Aufzählung der Theorien über das hier in Frage kommende Rechtsgut ist notgedrungen unvollständig.[62]) Ueberblickt man jedoch nur die angeführten Lehrmeinungen, so muss man zur Ueberzeugung kommen, dass Art. 321 nicht nur ein einziges Gut schützt.

Je nach dem Einzelfall steht einmal das eine, ein anderes Mal ein anderes Interesse im Vordergrund. Immer jedoch, und in erster Linie wird *der Bestand des Geheimnisses* geschützt. Hier schliesse ich mich Giesker an und leite die Schutzidee aus demjenigen Persönlichkeitsrecht ab, welches jedem Individuum seine Geheimsphäre gewährleistet. Aus dieser Ueberlegung ergibt sich ferner, dass die

---

[56]) Finger, S. 358. Finger ist Anhänger der Willenstheorie.

[57]) Lehmann, S. 37. « Der Geheimnisbesitz ist eben nur eine tatsächliche, keine rechtliche Macht. »

[58]) Vgl. weiter oben, S. 12, Anm. 13.

[59]) Giesker, S. 1 ff.

[60]) Giesker, S. 22 ff.

[61]) von Overbeck, S. 10a ff.

[62]) Vgl. Sauter, S. 30 f., welcher eine Grosszahl der vorhandenen Theorien kurz skizziert.

Geheimnisse eines jeden zu wahren sind[63]), sofern die besondern gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 321 erfüllt sind. Letztere sind weiter unten zu besprechen.

§ 2. Die geheimhaltungspflichtigen Personen

Die geheimhaltungspflichtigen Personen werden in Art. 321, Absatz 1 und 2, abschliessend aufgezählt. Das Gesetz nennt die Geistlichen, die Rechtsanwälte, die Verteidiger, die nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, die Aerzte, Zahnärzte, Apotheker und Hebammen, die Hilfspersonen der bisher Aufgezählten und endlich die Studierenden. Das Gesetz führt jedoch nichts über die Eigenschaften aus, welche Voraussetzung dafür sind, dass jemand als schweigepflichtige Berufsperson im Sinne des Art. 321 angesehen wird. Diese Fragen werden daher im folgenden zu untersuchen sein.

I. Geistliche

Das *Reichsstrafgesetzbuch* nennt bei der Aufzählung der schweigepflichtigen Berufspersonen die Geistlichen überhaupt nicht.

In *Frankreich* subsumierte man die Geistlichen unter folgenden Passus von Art. 378 c. p. f.: « et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie ». Ursprünglich waren diese Personen nur für solche Tatsachen schweigepflichtig, welche sie in der ordentlichen Beichte hörten. Später erfolgte durch die Gerichtspraxis[64]) eine Ausdehnung, wonach auch anders anvertraute Geheimnisse vor Offenbarung geschützt werden. Die Geheimhaltungspflicht besteht in Frankreich nur für Geistliche von staatlich anerkannten Religionen. Nur diese sind dem Art. 378 c. p. unterworfen.[65])

Die *kantonalen Gesetze*, welche sich mit dem Berufsgeheimnis befassen, führen nur teilweise die Geistlichen unter den Schweigepflichtigen auf. In den Strafgesetzen werden sie meist übergangen.[66])

---

[63]) Die Fähigkeit, Träger des Rechtgutes zu sein ist zu unterscheiden von der Fähigkeit, den Strafantrag wegen Verletzung dieses Rechtsgutes stellen zu können. Vgl. Abschnitt über den Strafantrag weiter unten!

[64]) trib. corr. de la Seine 19. 5. 1900.

[65]) von Steiger, S. 29.

[66]) Eine Ausnahme macht StGB. St. Gallen, Art. 172.

Dagegen finden sie sich vielfach in den strafprozessualen Bestimmungen über das Recht zur Zeugnisverweigerung.

Was die einzelnen Kantone unter den Geistlichen verstehen, das kommt in diesem Zusammenhang nicht zum Ausdruck. Daher ist es erforderlich, andere Rechtsvorschriften heranzuziehen. Geeignet sind dazu die Normen über die sog. Religionsdelikte. Die Mehrzahl der Kantone lässt nämlich dem religiösen Leben strafrechtlichen Schutz angedeihen.[67])

Die einschlägigen Bestimmungen lauten ganz verschieden. Solothurn Art. 74 und Zürich Art. 88 schützen den Gottesdienst von solchen Religionsgesellschaften, die « im Staate geduldet » sind. Baselland Art. 84, Baselstadt Art. 84 und Zug Art. 54 schützen die gottesdienstlichen Handlungen von « im Staate bestehenden Religionsgesellschaften ». Bern Art. 93 schützt den « erlaubten öffentlichen Gottesdienst ». Die Mehrzahl der übrigen Kantone dagegen beschirmt nur die « Staatlich anerkannten Religionsgesellschaften ».

Mit Hilfe des Analogieschlusses käme man zum Ergebnis, dass je nach der Rechtsauffassung, welche in den einzelnen kantonalen Bestimmungen über die Religionsdelikte zum Ausdruck kommt, teilweise nur die Seelsorger der öffentlich anerkannten Religionsgesellschaften, teilweise die Seelsorger aller vorkommenden (erlaubten) Religionsgesellschaften als Geistliche im Sinne des jeweiligen StGB. zu betrachten wären. Mit einem solchen Analogieschluss ist jedoch für die Auslegung des Art. 321 eidgen. StGB. umso weniger gewonnen als die Ansichten in den Kantonen auseinandergehen.

In den Beratungen über den Art. 321 wurde über die Geistlichen nur ein einziges Mal gesprochen. Dies geschah in der zweiten grossen Expertenkommission.[68]) Huber stellte den Antrag, dass nur die Geistlichen « öffentlicher Religionsgesellschaften » der Schweigepflicht zu unterwerfen seien. Dieser Antrag wurde von der Komission *abgelehnt*. Burckhardt, der sich gegen die einengende Formulierung aussprach, machte geltend, dass die Scheidung gerade deshalb nicht gemacht werden dürfe, weil der Staat den einzelnen Religionen vorurteilslos gegenüberstehe.

Die strafrechtliche Literatur der Schweiz berührt unsere Fragen nur wenig. Zorn und Gareis[69]) gehen von der Feststellung aus, dass

---

[67]) Stooss, Strafgesetzbücher, S. 413 ff.

[68]) Prot. 2. Exp.-Komm., Bd. 5, S. 89. Vgl. oben, S. 30. Anm. 1.

[69]) Zorn und Gareis, S. 35 ff.

die Einzelstaaten, aus welchen sich der Schweiz. Bundesstaat zusammensetzt, kirchlich in der verschiedenartigsten Weise ausgeprägt sind. Angesichts dieser Tatsache begrüssten die Verfasser die Schaffung einer Zentralgewalt, die in kirchenrechtlicher Beziehung über den konfessionellen Einflüssen der Kantone steht und unter deren Schutz die Prinzipien des modernen Staates sichergestellt werden. Zwar steht es im Ermessen der Kantone, einzelne Kirchen mit besonderen Privilegien auszustatten. Der Bund dagegen kennt, wie Zorn und Gareis hervorheben, solche besondere Privilegien einzelner Kirchen nicht. Für ihn sind alle Religionsgesellschaften in gleicher Weise privatrechtliche Vereine. Von Steiger vertritt ebenfalls die Auffassung, dass[70]) in Anbetracht der vielgestaltigen kirchenrechtlichen Verhältnisse in den Kantonen eine derartige enge Fassung oder Interpretation, wie sie von Huber vertreten wurde, nicht den Verhältnissen entspricht. Der Autor gibt zwar zu, dass der Bund nicht in einem unmittelbaren Verhältnis zu den innerhalb der Schweiz befindlichen Kirchen- und Religionsgesellschaften steht, und dass die Ordnung der Verhältnisse von Staat und Kirche primär den Kantonen zukommt. Die gleiche Konfession kann in einem Kanton rechtlich die Stellung einer Landeskirche einnehmen (im Sinne einer Privilegierung durch die Staatsgesetzgebung), während sie nach dem öffentlichen Recht eines andern Kantons als Freikirche, d. h. als Genossenschaft oder Verein behandelt wird. Trotzdem gelangt von Steiger zum Ergebnis, dass, wenn schon der Bund die Geistlichen unter die Bestimmung über die Berufsgeheimnisverletzung stellt, der Begriff « Geistliche » möglichst extensiv interpretiert werden muss. Damit in allen Kantonen ein gleichmässiger Schutz hergestellt wird, sind nicht nur die Geistlichen der öffentlichen Religionsgesellschaften, sondern alle « Geistlichen » dem Art. 321 zu unterwerfen. Der Kommentar Thormann-von Overbeck[71]) vertritt den entgegengesetzten Standpunkt, dass nur die « Träger des geistlichen Amtes in einer der Landeskirchen oder in einer andern anerkannten Religionsgesellschaft » als Geistliche im Sinne des Art. 321 StGB. zu betrachten seien. Eine Begründung für diese Ansicht wird nicht gegeben.

Die Ueberlegungen von Zorn-Gareis wie die von Steigers erscheinen mir sehr einleuchtend. Sie decken sich mit der Begründung Burckhardts in der zweiten Expertenkommission. Wie aus der Ab-

[70]) von Steiger, S. 29 ff.

[71]) Kommentar Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 4.

lehnung des Antrags Huber hervorgeht, war diese Kommission mehrheitlich der Auffassung, dass die Geistlichen aller Religionsgesellschaften dem StGB. zu unterwerfen seien. Noch andere Ueberlegungen sprechen dafür, dass die Geistlichen aller Religionsgesellschaften unter den « Geistlichen » des Art. 321 zu verstehen sind.

Das eidg. StGB. ist eidgenössisches öffentliches Recht.[72]) Auch in einem andern Zweig des öffentlichen Rechts, im Bundesstaatsrecht, spielt der Begriff « Geistliche » eine Rolle. Ich denke an Art. 75 der Bundesverfassung. (Nichtwählbarkeit von Geistlichen.)

Nach der im Staatsrecht herrschenden Auffassung[73]) ist die Existenz eines geistlichen Standes dann anzunehmen, wenn innerhalb einer religiösen Gemeinschaft eine Kategorie von Glaubensgenossen eine durch besondere Art oder ein besonderes Mass der geistlichen Betätigung von den andern Glaubensgenossen verschiedene Stellung annimmt. Dabei ist die geistliche Betätigung in ihrer Art eine verschiedene, wenn die einen Gemeinschaftsglieder von bestimmten geistlichen Funktionen prinzipiell ausgeschlossen sind, welche andern zustehen, z. B. das ministerium verbi. In ihrem Maße ist die geistliche Betätigung verschieden, wenn die geistlichen Funktionen prinzipiell Gemeingut aller Glaubensgenossen sind, wenn aber den einen Gemeinschaftmitgliedern Funktionen reserviert sind, von welchen die andern ausgeschlossen sind. Die Betätigung als solche kann nur dann als eine geistliche angesehen werden, wenn sie sich auf das innere Verhältnis des Gläubigen zum Glaubensinhalte bezieht. Die auf die äussere Ordnung der Gläubigengemeinschaft gerichtete Arbeit hat weltlicher Charakter. Demnach sind die Kirchendiener, die Verwalter der Kirchenvermögens und ähnliche Personen nicht als Geistliche zu betrachten. Der Begriff « Geistliche » ist weder davon abhängig, dass die betr. Tätigkeit haupt- oder nebenamtlichen Charakter hat, noch davon, dass sie als Haupt- oder Nebenberuf ausgeübt wird. Der Standesunterschied gegenüber den übrigen Gläubigen kann statutarisch festgelegt sein, z. B. in der katholischen Kirche. Es genügt aber auch, wenn sich in der religiösen Gemeinschaft die Anschauung ausgebildet hat, dass dem Träger bestimmter geistlicher Funktionen eine von den übrigen Glaubensgenossen differenzierte Stellung zukommt.

Nach der schweizerischen staatsrechtlichen Auffassung können somit alle Religionsgesellschaften Geistliche haben. Ein inneres

[72]) Hafter I, S. 8.
[73]) Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht Nr. 595. His, Bd. 2, S. 539 ff.

Moment ist das Kriterium für diesen Begriff. Das deutsche Recht[74]) legt dagegen auf äussere Momente Gewicht, indem es ein Beamtenverhältnis oder sonst ein Anstellungsverhältnis, Examina und ähnliche äusserliche Merkmale als begriffsnotwendig betrachtet.

Wer soll nun Geistlicher im Sinne des Art. 321 sein?

Für die Beantwortung dieser Frage ergeben sich, wie oben angeführt, aus den kant. Rechten keine festen Anhaltspunkte. In den Beratungen der zweiten Expertenkommission kommt dagegen klar zum Ausdruck, dass die Geistlichen aller Religionsgesellschaften schweigepflichtig sein sollen. Die einleuchtende Beweisführung von Zorn, Gareis und von Steiger habe ich bereits hervorgehoben. Auch nach der im Bundesstaatsrecht herrschenden Ansicht, können alle Religionsgesellschaften « Geistliche » haben. M. E. ist die *Antwort* auf die oben gestellte Frage: « *Schweigepflichtig sind die Geistlichen aller Religionsgesellschaften* ». Wenn man zur Begriffsbestimmung des « Geistlichen » die Kriterien des Staatsrechts herbeizieht, dann ist eine Garantie dafür geschaffen, dass nicht jeder, welcher einmal in einer Sekte als Prediger auftritt, der Schweigepflicht des Art. 321 unterworfen wird. Ausserdem hat unsere Lösung den Vorteil, dass sowohl im Staatsrecht wie im Strafrecht unter einem Begriff ein und dasselbe verstanden wird.

II. Rechtsanwälte

Zürcher[75]) definiert « Rechtsanwalt » als den berufsmässigen beauftragten Vertreter oder Beistand einer Partei in streitigen Rechtssachen vor Gericht. Diese Definition erfasst jedoch die vielgestaltige Tätigkeit des Anwalts nicht. Zunächst ist dieser in streitigen Rechtssachen nicht nur vor Gericht, sondern auch vor andern Instanzen tätig, insbesondere vor Verwaltungsinstanzen. Zum Beispiel in Steuerangelegenheiten und in Fragen des Bürgernutzens. Ferner erstreckt sich die Anwaltstätigkeit auch auf die Rechtsberatung, denn viele lassen sich über Fragen des ehelichen Güterrechts, des Erbrechts, des Gesellschaftsrechts und anderes mehr beraten, ohne einen Prozess beginnen zu wollen. Daneben gibt es noch eine

[74]) Wörterbuch des dt. Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 2, S. 36.
[75]) Zürcher, S. 39 ff.

Anzahl nichtprozessualer Rechtshandlungen, bei welchen häufig der Anwalt mitwirkt, z. B. bei Gesellschaftsgründungen.

Die Anwaltstätigkeit muss berufsmässig erfolgen. Die Berufsmässigkeit besteht in der fortgesetzten Abwicklung der für einen Anwalt eigentümlichen Geschäfte. Vielfach wird zu diesem Zweck die Arbeitskraft öffentlich angeboten.

Die kantonalen Anschauungen über den Begriff « Anwalt » gehen auseinander.[76]) Während gewisse Kantone für die Ausübung der Anwaltstätigkeit besondere Befähigungsausweise verlangen, lassen andere jeden zur Advokatur zu.

Volle Advokaturfreiheit besteht in Appenzell A.-Rh., in Glarus, Graubünden, Schaffhausen und in Zug.

In Solothurn besteht ebenfalls Advokaturfreiheit, jedoch geniessen diejenigen Anwälte, welche sich einer freiwilligen Prüfung unterzogen haben, gewisse Vorteile.

In Uri wählt die Landsgemeinde die sog. Landesfürsprecher, welche, abgesehen von den ausserkantonalen patentierten Anwälten, allein zur berufsmässigen gerichtlichen Vertretung befugt sind.

Alle übrigen Kantone verlangen für die Ausübung des Anwaltberufes eine kantonale Bewilligung. U. U. kommt dabei Art. 5 der Uebergangsbestimmungen zur BV. zur Anwendung: « Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören und welche bis zum Erlass der in Art. 33 BV. vorgesehenen Bundesgesetzgebung[77]) von einem Kanton oder von einer mehrere Kantone repräsentierenden Konkordatsbehörde den Ausweis der Befähigung erlangt haben, sind befugt, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben. » Der genannte Ausweis muss die wissenschaftliche Befähigung bezeugen.[78]) Eine materielle Untersuchung[79]) über die zur Berufsausübung erforderlichen wirtschaftlichen und praktischen Fähigkeiten ist Voraussetzung für die Erteilung der Be-

---

[76]) Bei Zürcher, S. 64 ff., findet sich eine Zusammenstellung der einschlägigen kantonalen Gesetze.
Advokaturfreiheit: Appenzell A.-Rh. ZPO. Art. 46, Glarus ZPO. § 40.
Graubünden ZPO. § 36. Schaffhausen ZPO. § 132.
Zug ZPO. § 15.
Solothurn ZPO. Art. 4, 5, 265—268.
Kt. Uri vgl. KV. Art. 52 lit. g, Ziff. 5.

[77]) Ein entsprechendes Gesetz für die Rechtsanwälte wurde noch nicht erlassen.

[78]) Burckhardt, Kommentar 3. Aufl., S. 824.

[79]) BGE. Bd. 22, S. 929.

willigung. Ein Fürsprecherpatent z. B., welches ohne jede Prüfung lediglich auf das Zeugnis des obersten Gerichts eines Kantons hin ergangen ist, kann nicht als Befähigungsausweis im Sinne von Art. 5 Ueb. BV. angesehen werden.

Die Literatur ist auf diesem Gebiete sehr spärlich. Thormann-von Overbeck[80]) wie auch von Steiger[81]) erklären den Kanton als zuständig zur Umschreibung des Begriffes « Rechtsanwalt ». In den Beratungen bei der Entstehung des Art. 321 wurden diese Fragen nie erörtert.

Welche Personen werden nach Art. 321 als Rechtsanwalt angesprochen? Das Problem stellt sich hier anders als bei den Geistlichen. Bei den Rechtsanwälten bestehen nicht leitende Grundsätze der gleichen Art wie bei den Geistlichen. Der Bund kann daher vorbehaltlich Art. 5 Ueb. BV. die Umschreibung der Rechtsanwälte den Kantonen überlassen.

Rechtsanwalt im Sinne des Art. 321 eidg. StGB. ist jeder, der die vom betr. Kanton umschriebenen Erfordernisse erfüllt.

III. Verteidiger

Während § 300 des Reichstrafgesetzbuchs von einem Verteidiger in Strafsachen spricht, nennt das eidg. StGB. nur den «Verteidiger». Gleichwohl ist auch unter dem Begriff « Verteidiger » des Art. 321 ein « Verteidiger in Strafsachen » zu verstehen.[82]) Die besondere Nennung des Verteidigers[83]) hat ihren Grund darin, dass die Verteidigung in Strafsachen vielfach Nichtanwälten überlassen wird. Die Bundesstrafprozessordnung[84]), die kantonalen Prozessgesetze und Gerichtsverfassungen bestimmen, wer Verteidiger sein kann.

Die Kantone regeln das Recht zur Verteidigung in Strafsachen auf drei verschiedene Arten. Nach der einen Formulierung werden nur patentierte Anwälte zur Verteidigung zugelassen.[85]) Nach einer andern Normierung ist jeder Aktivbürger zur Verteidigung be-

---

[80]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 5.

[81]) von Steiger, S. 24.

[82]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 5.

[83]) Der Anwalt ist ebenfalls « Verteidiger ».

[84]) BStrPO. Art. 35, Abs. 3.

[85]) Aargau, Anwaltsgesetz § 1: « Die Wahl des Angeschuldigten wird ausnahmslos auf patentierte Anwälte beschränkt. »

fugt.[86]) Nach der dritten Regelung ist ebenfalls jeder Mann, der die bürgerlichen Ehren und Rechte besitzt, zur Verteidigung zugelassen, jedoch vorbehaltlich der Zustimmung des Richters.[87])

Man kommt hier also gleich wie bei den Rechtsanwälten zum Ergebnis, dass der Begriff « Verteidiger » nicht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft der gleiche ist.

Auch in Zukunft entscheiden die einschlägigen eidg. und kant. Prozessbestimmungen darüber, wer als Verteidiger der Schweigepflicht des Art. 321 unterliegt.

IV. Notare

Das kantonale Recht bestimmt den Begriff « Notar ». Eidgenössische Rechtsvorschriften existieren auf diesem Gebiete nicht.

Grundsätzlich versteht man unter einem Notar[88]) diejenige Person, welche vom Staate zur Beurkundung von Rechtsgeschäften und andern rechtlich relevanten Tatsachen autorisiert ist und deren Zeugnisse, soweit sie solche Tatsachen betreffen, öffentlichen Glauben geniessen. Art. 5 Ueb. BV. ist auf die Notare nicht anwendbar.[89])

Das Notariatswesen wird von den Kantonen auf drei verschiedene Arten geregelt.[90]) Nach der ersten Art bildet das Notariat keinen selbständigen Beruf. Die Funktionen, welche in verschiedenen Kantonen den Notaren zukommen, werden hier von Staats- und Gemeindebeamten ausgeübt. Diese Regelung kennen Baselland, beide Appenzell, St. Gallen, Glarus, Luzern, Obwalden und Schaffhausen. Nach der zweiten Art stellt das Notariat einen freien wissenschaftlichen Beruf dar. Zur Ausübung dieses Berufs ist eine Bewilli-

---

[86]) Zürich StrPO. § 8: « Vertreter oder Beistand einer Partei kann jede im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte stehende Person sein. Vorgehalten bleibt das Gesetz über die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs. » Luzern StrPO. § 174: « Der Angeklagte kann jeden rechtsfähigen Bürger, in welchen er sein Zutrauen setzt, als Verteidiger erbitten. »
Gleich Schaffhausen StrPO. § 41.

[87]) Vgl. Neuchâtel, loi sur le barreau art. 3: « causes, le défenseur est choisi librement par l'accusé, sous réserve de l'agrément du président du tribunal. »
Gleiche Regelung kennt Ticino CPP. § 56 II.

[88]) Blumenstein in Hdw. der Schweiz. Volkswirtschaft S. 209.

[89]) Burckhardt, Kommentar 3. Aufl., S. 274, BGE. 23. Nr. 70.

[90]) Burckhardt, Nr. 465 IV, Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartements Nr. 27 vom 17. Januar 1924.

gung erforderlich, welche auf Grund einer bestandenen Prüfung und beim Vorliegen weiterer Voraussetzungen erteilt wird. Diese Art ist das sogenannte Patentierungssystem. Das Patent wird durch die kantonale Exekutivbehörde oder durch das Obergericht erteilt. Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Neuenburg, Solothurn, Tessin, Uri, Waadt und Wallis schlossen sich dieser Regelung an. Nach der dritten Art sind die Notare Staatsorgane, so in Graubünden, Nidwalden, Schwyz, im Thurgau und in Zürich.

Notar im Sinne des Art. 321 StGB. kann nur der Notar nach dem Patentierungssystem sein. Die Notare nach den andern Regelungen unterliegen den Vorschriften über das Amtsgeheimnis.

Wie beim Rechtsanwalt deckt sich auch beim Notar der Begriff der notariellen Tätigkeit nicht mit dem Kreis der patenterfordernden Geschäfte. Die Berufstätigkeit des Notars umfasst bedeutend mehr als die Beurkundung von Rechtsgeschäften und andern rechtlich relevanten Tatsachen. Ueber den Geschäftskreis, welcher dem Notar zusteht, entscheiden die Anschauungen des täglichen Lebens. Der Notar ist für all das geheimhaltungspflichtig, was in diesen Geschäftskreis fällt. Wie verhält es sich mit der Schweigepflicht, wenn ein Notar den Geschäftskreis überschreitet, welcher ihm durch die kantonale Bewilligung oder durch eine vertragliche Abmachung[91]) abgegrenzt worden ist? Das Interesse des Klienten erscheint mir als in erster Linie schützenswert. Dieser hat in der Regel keine Kenntnis von den Vorschriften, welche die Tätigkeit des Notars beschränken. Es wäre nun unbillig, wenn das Vertrauen, das den fehlbaren Berufspersonen bereits entgegengebracht worden ist, nicht geschützt würde. Daher untersteht m. E. der Notar dem Art. 321 auch für solche Handlungen, deren Vornahme ihm durch vertragliche Abmachungen untersagt ist.

V. Die nach OR. zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren

Die Aufzählung dieser Personen unter den Geheimhaltungspflichtigen stellt eine Neuerung dar.

Als die eidg. Räte die Revisoren ins Strafgesetz aufnahmen[92]), dachten sie an die Art. 730, 819 und 901 OR. Bei der Aktiengesell-

[91]) Vgl. Vereinbarung zwischen dem bern. Anwaltsverband und dem Verein bernischer Notare vom Jahre 1931.

[92]) Sten. Bull. Nationalrat 1937, S. 802, Ständerat 1937, S. 392.

schaft und bei der Genossenschaft muss es immer eine Kontrollstelle geben, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung jedoch nur dann, wenn es die Statuten vorsehen. In jedem der drei genannten Fälle ist die Aufgabe der Kontrollstelle[93]) die gleiche. Die Revisoren haben zu prüfen, ob sich sowohl die Gewinn- und Verlustrechnung als auch die Bilanz in Uebereinstimmung mit den Büchern befindet, ferner ob die Bücher ordnungsgemäss geführt sind und ob die Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage den gesetzlichen Bewertungsgrundsätzen sowie allfälligen besondern Vorschriften der Statuten entspricht. Zu diesem Zwecke hat die Verwaltung den Revisoren die Bücher und Belege vorzulegen und auf Verlangen über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt ist, Aufschluss zu erteilen. Die Aufgaben der Revisoren können über die eben genannte Tätigkeit hinaus durch die Generalversammlung oder die Statuten erweitert werden. Häufig werden die Revisoren mit Zwischenrevision beauftragt. Damit die betreffenden Personen Revisoren im Sinne des OR. sind, müssen sie auf dem im OR. vorgeschriebenen Wege dazu bestimmt worden sein. Ist dies nicht der Fall, dann sind sie auch nicht als Revisoren nach Art. 321 zu betrachten.[94]) Eine Besonderheit, welche hauptsächlich bei Genossenschaften vorkommt, ist noch zu erwähnen. Bei Sparkassen in Genossenschaftsform werden häufig Behörden als Kontrollstelle bezeichnet. Unterliegen diese Behörden dem Art. 320 oder dem Art. 321 ? Ersteres ist anzunehmen! Wenn eine solche Instanz wegen ihrer besonderen Vertrauenswürdigkeit zur Kontrollstelle gemacht wird, so ist diese Instanz als Behörde und nicht als Privater bei der Revisionsarbeit tätig. Die Mitglieder der Behörde sind nicht um ihrer Person willen, sondern wegen ihrer Eigenschaft als Inhaber des betr. Amtes zu Revisoren gemacht worden.

Die Schweigepflicht der Revisoren ist nicht absolut. Im Gegenteil haben sie eine Offenbarungspflicht, welche hauptsächlich in der Abfassung eines Revisionsberichtes und im Stellen eines entsprechenden Antrags in der Generalversammlung besteht. Nehmen die Revisoren unstatthafte Dinge wahr, wie etwa Verstösse gegen die Statuten oder die Gesetze, so haben sie dem zuständigen Organ und

---

[93]) Guhl, 2. Aufl., Bd. 2, S. 309 ff., 350, 377 ff.

[94]) Sten. Bull. Nationalrat 1937, S. 802. Seiler beantragt Zustimmung zur Formulierung des Ständerats « mit der Einschränkung, dass nur die nach OR. zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren und nicht Revisoren allgemein, noch die im OR. enthaltenen Büchersachverständigen aufgenommen werden ». Dieser Antrag wurde angenommen.

u. U. der Generalversammlung darüber Bericht zu erstatten. Im übrigen aber sollen die Revisoren schweigen. Diese Schweigepflicht besteht insbesondere auch den übrigen Gesellschaften und Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Man kann sich ja leicht vorstellen, welches Unheil die Revisoren anrichten können, wenn sie Geheimnisse offenbaren, welche die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens betreffen.

VI. Aerzte

Vom Arzte handeln die Artikel 120, 121, 131, 318 und 321 eidg. StGB. Die Art. 120 und 121 sprechen vom patentierten Arzt, die Art. 131, 318 und 321 dagegen nur vom Arzt, ohne näher umschreibenden Zusatz. Daraus ist zu entnehmen, dass der in den zuletzt genannten Artikeln enthaltene Begriff des Arztes nicht der gleiche ist wie der Begriff, welcher in den Vorschriften über die Unterbrechung der Schwangerschaft verwendet wird. Der Kreis der Aerzte, welcher unter Art. 321 fällt, ist bedeutend grösser als derjenige, welcher dem Art. 120 unterliegt. Das öffentliche Recht entscheidet darüber, ob jemand Arzt ist.[95]) Die Regelungen in den Kantonen sind ganz verschieden. Immerhin steht fest, dass nur *der* « Arzt » ist, welcher sich mit der Heilung menschlicher Krankheiten nach der Methode der wissenschaftlichen Medizin befasst.[96])

Leute, welche durch Gesundbeten[97]), durch Kurpfuschen oder auf ähnliche Art Krankheiten zu beseitigen vorgeben, sind nicht Aerzte.[98]) Die Tierärzte sind ebenfalls keine Aerzte im Sinne des Art. 321. Daher unterliegen sie der Schweigepflicht nicht. Dies geht ausdrücklich aus den Beratungen in der Bundesversammlung hervor.[99])

Die Mehrzahl der Kantone macht die Ausübung des ärztlichen Berufs von einer Bewilligung abhängig. Diese Bewilligung fusst auf Art. 33 BV., welcher es den Kantonen anheimstellt, die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten von einem Befähigungsausweis abhängig zu machen. Auf Grund dieses Verfassungsartikels entstand das Bundesgesetz betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals vom

---

[95]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 7.

[96]) Spinner, öffentl.-rechtl. Stellung, S. 12, vgl. ferner Schollenberger, Verwaltungsrecht I, S. 116/117, Lanz, S. 27 f.

[97]) Lanz, S. 28.

[98]) Keller, Arzt und Charlatan, S. 93 f., BGE. staatsrechtl. Abteilung 19. 2. 43.

[99]) Sten. Bull. Nationalrat 1935, S. 753, 758, 775.

19. Dezember 1877 und die Verordnung für die eidg. Medizinalprüfungen vom 11. Oktober 1899. Dadurch wurde es allen Schweizerbürgern möglich gemacht, vor einer eidgenössischen Behörde eine Prüfung abzulegen, nach deren Bestehen sie einen Ausweis, das sog. eidg. Diplom, erhalten. Dieses Diplom beantwortet gegenüber allen Kantonen für den Besitzer ohne weiteres die Frage nach der wissenschaftlichen und praktischen Befähigung.[100]) Es schafft für jeden Inhaber in diesem Sinne Freizügigkeit im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft.[101])

Durch das Freizügigkeitsgesetz wurde folgender Zustand geschaffen: Die Kantone können die Ausübung des Arztberufes von einem Befähigungsausweis abhängig machen. Wenn sie es tun, so müssen sie ohne weiteres den eidg. Ausweis anerkennen, m. a. W., sie dürfen keine höheren Anforderungen stellen als diejenigen für das eidg. Staatsexamen, wohl aber können sie für ihren Kanton geringere Anforderungen stellen als der Bund, oder gar keine, wie die Freigabekantone. Es ist den Kantonen freigestellt, welche Art und welchen Umfang von Befähigungsnachweisen sie anerkennen wollen, sofern sie nur den eidgenössischen anerkennen.[102])

Die Kantone können ausserdem gewisse persönliche Voraussetzungen aufstellen und dementsprechend nachprüfen, ob der Bewerber im Besitz der bürgerlichen Ehren ist, ob er gut beleumdet ist usw.[103]) Sind die aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, so darf die kantonale Bewilligung, welche rechtlich den Charakter einer Polizeierlaubnis hat, nicht verweigert werden.[104])

Wer ist nun Arzt im Sinne des Art. 321 eidg. StGB.?

In den Kantonen *mit Kurierfreiheit* ist jemand dann Arzt, wenn er sich auf wissenschaftlicher Grundlage mit der Heilung kranker Menschen befasst. Wie oben ausgeführt, werden Kurpfuscher, Gesundbeter u. ä. nicht als Aerzte angesehen, da ihre Heilmethoden nicht wissenschaftlich begründet sind.

In den Kantonen *mit Patentzwang* ist Arzt, wer das kantonale Patent besitzt. Es ist dabei gleichgültig, ob die kantonale Erlaubnis

---

[100]) Burckhardt, Nr. 835.
[101]) Lanz, S. 16 f.
[102]) Spinner, Oeffentl.-rechtl. Stellung, S. 14.
[103]) BGE., Bd. 27, S. 745.
[104]) Monatsschrift für bern. Verwaltungs- und Notariatswesen, Bd. 7, S. 321.

zur Berufsausübung auf Grund des eidg. Diploms oder auf Grund eines andern, eventl. ausländischen Ausweises über die wissenschaftliche Ausbildung und praktische Befähigung erteilt worden ist.[105]) Wie verhält es sich nun mit Personen, die eine medizinische Vorbildung haben und entsprechende Ausweise (eidg. Diplom, genferisches Staatsexamen, ausländische Zeugnisse etc.) besitzen, jedoch kein kantonales Patent innehaben ?

Diese Frage spielt nur in Kantonen mit Patentzwang eine Rolle. In diesen Kantonen wird die Berufsausübung ohne Patent gestraft.[106]) Spinner[107]) führt dafür ein recht drastisches Beispiel an, in welchem die Ehefrau eines Arztes im Kt. Bern, die den Titel eines doctor medicinae an der Universität Bern erworben hatte, deshalb zu einer Busse verurteilt worden ist, weil sie ohne kantonale Bewilligung ihren auf der Praxis abwesenden Mann vertreten hat. In der Literatur wird ausnahmslos der Standpunkt vertreten, dass nur solche Leute den Pflichten eines bestimmten Berufs unterliegen, welche diesen Beruf ausüben dürfen. Folgende Ausführungen von Lanz sind charakteristisch für diese Ansicht:[108]) « Den Medizinalpersonen sind Pflichten auferlegt. Bevor eine Person im Besitz der Bewilligung ist, hat sie aber sicher keine Rechtspflichten innezuhalten. Es ist z. B. der Arzt, also derjenige, welcher sich den Fähigkeitsausweis errungen hat, somit mit dem Bestandenhaben der Prüfung noch nicht Medizinalperson. (Arzt ist er aber ohne die Bewilligung, nämlich im Momente des erfolgreich abgeschlossenen Examens.) Wäre er auf der Stelle Medizinalperson, besässe er auch gleich deren Pflichten. Es hätte dann aber etwas sehr Unbilliges, ja Unsinniges an sich, ihn wegen Erfüllung dieser Pflichten, also wenn er den Beruf ausübt, zu bestrafen, weil er es tut, ohne im Besitze der Bewilligung zu sein. » Der Ausdruck « Arzt », wie Lanz ihn verwendet, ist nicht gleichbedeutend mit dem Terminus « Arzt » im Art. 321. Vielmehr stimmt die Bezeichnung « Medizinalperson » von Lanz und die Bezeichnung « Arzt » des Art. 321 überein. Schmalzl[109]) führt ähnlich wie Lanz aus, dass es undenkbar ist, eine Person nach dem einen Reichsgesetz, trotz ihrer ausländischen Befähigungsausweise, wegen unzulässiger Beilegung eines Titels zu bestrafen und sie gleichwohl

[105]) Spinner, öffentl.-rechtl. Stellung, S. 31 f.
[106]) Bern. Gewerbeges., Art. 17, 18, 31, 32.
[107]) Spinner, S. 11.
[108]) Lanz, S. 28.
[109]) Schmalzl, S. 12.

in einem andern Reichsgesetz mit eben diesem ihr nicht gebührenden Titel zu bezeichnen, um sie mit einer Pflicht — der Schweigepflicht — zu belasten. Wolff[110]) vertritt die gleiche Ansicht.

Die Gedankengänge der zitierten Autoren haben zweifellos etwas Bestechendes. Doch kann man mit Recht auch einen abweichenden Standpunkt vertreten. Ich möchte weniger auf das rein formale Moment der kantonalen Bewilligung abstellen, als auf die Tatsache der entsprechenden Berufsausbildung und Berufsausübung. Das Schutzbedürfnis der Patienten spricht ebenfalls dafür, dass die genannten Personen schweigepflichtig sein sollen, wenn sie den Arztberuf ausüben. Endlich darf man die Bedeutung des eidg. Diploms nicht unterschätzen, insbesondere nicht seine öffentlich-rechtliche Bedeutung. Aus diesen Erwägungen komme ich zum Ergebnis, dass nicht nur Besitzer von kant. Bewilligungen, sondern alle Inhaber des eidg. Diploms als Aerzte im Sinne des StGB. anzusehen sind und der Schweigepflicht des Art. 321 unterliegen. Diese Lösung entspricht auch der Idee der Rechtsvereinheitlichung, welche zum eidg. Strafgesetzbuch führte.

VII. Zahnärzte

Die Ausübung dieses Berufes besteht in der Behandlung der Krankheiten der Zähne durch mechanische und örtliche pharmazeutische Mittel, sowie in der Ersetzung verlorener Zähne.[111]) Der Zahnarzt hat eine den Spezialärzten ähnliche Stellung inne[112]), allerdings mit dem Unterschied, dass seine Approbation auf die Zahnbehandlung und was damit unmittelbar zusammenhängt, beschränkt ist.[113]) Diese Beschränkung wirkt sich darin aus, dass die Zahnärzte, wenn aus irgend einem Grund zugleich eine innere Behandlung notwendig ist, ihre Mittel nur im Einverständnis mit einem patentierten Arzte zur Anwendung bringen sollen.[114]) Auf ausserzahnärztlichen Gebieten dürfen sich die Zahnärzte überhaupt nicht betätigen, wenn eine Zahnbehandlung dies nicht erforderlich macht. Im übrigen gilt für den Zahnarzt das Gleiche wie für den Arzt. Der Begriff des Zahnarztes ist nach den gleichen Grundsätzen zu bestimmen wie der Begriff des Allgemeinarztes.[115])

---

[110]) Wolff, S. 4.
[111]) Lanz, S. 46.
[112]) Spengler, S. 15 ff.
[113]) Spinner, öffentl.-rechtl. Stellung, S. 49.
[114]) Lanz, S. 77.
[115]) Vgl. weiter oben, S. 56 oben, S. 57, 58.

Man unterscheidet öffentliche und private Apotheken. Die Privatapotheken sind diejenigen der Aerzte, Tierärzte und Krankenanstalten. Hier interessieren uns nur die öffentlichen Apotheken.

Grundsätzlich ist derjenige Apotheker, der eine Apotheke führt. Der Beruf des Apothekers besteht in der Zubereitung und im Verkaufe von Arzneistoffen und Arzneien an Kranke und Medizinalpersonen.[116]) Die sanitätspolitischen Gründe, welche gegen eine Freigabe des Apothekerberufes sprechen, sind nun so gewichtig, dass die Handels- und Gewerbefreiheit auf diesem Gebiete nicht herrscht.[117]) Vielmehr setzt die Ausübung dieses Berufes regelmässig eine kantonale Bewilligung voraus.[118]) Diese wird von einer genügenden wissenschaftlichen und praktischen Ausbildung abhängig gemacht. Wie für den Arzt, so bestehen auch für den Apotheker eidg. Prüfungen und ein eidg. Diplom.[119])

Ausserdem können die Inhaber von Geschäftslokalitäten, in denen sich regelmässig Apotheken befunden haben, die Bewilligung zur Führung einer Apotheke in ihren Räumlichkeiten erhalten, wobei aber ein patentierter Apotheker dem Geschäftsbetrieb vorstehen muss.[120])

Die Verhältnisse liegen also hier anders als bei den übrigen schweigepflichtigen Personen. Während diese andern Berufspersonen *selbst* ihren Beruf ausführen, besteht hier die Möglichkeit, die Berufstätigkeit durch einen andern vornehmen zu lassen, weil man selbst davon überhaupt nichts oder doch recht wenig versteht.

Wer ist nun Apotheker nach Art. 321 ? Hier taucht die Frage auf, ob die tatsächliche Berufsausübung zusammen mit der Bewilligung Voraussetzung für die Apothekereigenschaft ist oder ob die Voraussetzungen modifiziert werden müssen, damit man zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt.

Zweifellos ist jemand dann Apotheker, wenn er im Besitz der kantonalen Bewilligung ist und berechtigterweise eine Apotheke führt.

---

[116]) Lanz, S. 48 ff.

[117]) BGE. 67 I 327. 42 I 48. 27 I 428.

[118]) Lanz, S. 31, vgl. bern. KGS. 1900, Bd. 2, S. 24: Gewerbeges. § 141.

[119]) Bges. 19. 12. 1877, VO. für die eidg. Medizinalprüfungen vom 29. 11. 1912, Abänderungen dazu vom 3. 10. 1925.

[120]) Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht, Bd. 7, S. 319 ff, Lanz, S. 32.

Wie ist es nun aber, wenn die Bewilligung auf den Namen einer Person lautet, welche lediglich Eigentümer der Geschäftslokalitäten ist, im übrigen aber weder eine wissenschaftliche Vorbildung noch eine praktische Ausbildung für den Apothekerberuf erhielt? Zu Recht wird man auch diese Leute als Apotheker im Sinn des StGB. bezeichnen müssen, wenn man auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt. Die genannten Personen haben volle Einsicht in den Geschäftsbetrieb, sie können die jahrelang aufzubewahrenden Rezepte einsehen und daraus den Namen der Patienten und die Angaben der verabreichten Medikamente entnehmen. Ferner stehen sie häufig selbst im Laden und verkaufen persönlich die Mittel. Sie erhalten also volle Einsicht in alle diejenigen geheimen Tatsachen, deren Offenbarung durch die Schweigepflicht verhindert werden soll. Der Besitz einer Bewilligung verleiht deren Inhaber mit dem Recht auf Führung einer Apotheke in seinen Räumlichkeiten und mit dem Recht auf Einsicht in die Führung des Geschäftsbetriebes auch die Pflichten, welche sich aus diesem Betrieb ergeben. Daher sehe ich diese Inhaber der kantonalen Bewilligung als Apotheker im Sinne des Art. 321 an und halte sie für schweigepflichtig.

Sind die Personen, welche mit wissenschaftlicher Vorbildung und entsprechendem Studienabschluss, jedoch ohne kantonale Bewilligung zur Führung einer Apotheke als Apotheker anzusehen? Diese Frage ist zu bejahen, sofern die betr. Personen ihren Beruf als Apotheker ausüben.[121])

Gleichfalls Apotheker sind die wissenschaftlich ausgebildeten sog. Apothekergehilfen.[122]) Diese haben eine eidg. Prüfung abzulegen, auf Grund deren sie das Gehülfendiplom erhalten. Der Name « Gehülfe » würde zwar eher auf eine Hilfsperson hindeuten. Dies ist jedoch hier nicht der Fall. Vielmehr haben die Apothekergehülfen die gleichen Befugnisse wie die patentierten Apotheker. Sie können bei kürzerer Abwesenheit des Apothekenvorstehers diesen selbständig vertreten. Sie stehen lediglich unter der Leitung und Verantwortlichkeit des letzteren. Ihre Stellung ist daher jener der Assistenten ähnlich. Die Lehrlinge sind nicht Apotheker, sondern Hilfspersonen.

Apotheker im Sinne des Strafgesetzes sind alle Inhaber von kantonalen Bewilligungen zur Führung einer öffentlichen Apotheke

---

[121]) Lanz, S. 31.
[122]) Lanz, S. 37

sowie diejenigen Personen, die auf Grund einer entsprechenden Vorbildung diesen Beruf ausüben.[123])

IX. Hebammen

Die Hebammen werden gemeinhin zu den Medizinalpersonen gezählt[124]), jedoch zu denjenigen mindern Ranges, da ihnen die für die andern Medizinalpersonen übliche wissenschaftliche Bildung abgeht. Da der Hebammenberuf kein wissenschaftlicher Beruf im Sinne des Art. 33 BV. ist, wird kein eidg. Fähigkeitsausweis dafür vorgesehen. Gleichwohl herrscht keine Gewerbefreiheit auf diesem Gebiete, welches ausschliesslich der Gesetzgebung der Kantone vorbehalten bleibt. Diese machen die Ausübung des Hebammenberufs von einer kantonalen Bewilligung abhängig, deren hauptsächliche Voraussetzung eine genügende, fachliche Ausbildung ist. Diese fachliche Ausbildung soll eine möglichst sachgemässe Ausübung der Hebammentätigkeit gewährleisten. Denn eine ungenügende Berufskenntnis kann hier grosses Unheil anrichten, was auch der Grund für den Bewilligungszwang ist.

Die Tätigkeit einer Hebamme erschöpft sich im grossen ganzen in mechanischen Verrichtungen. Sie umfasst hauptsächlich die Bedienung der Schwangern, die Besorgung der Gebärenden, der Wöchnerin und des Neugeborenen.[125]) [126]) Dabei ist zu betonen, dass die Pflege der genannten nur insoweit der Hebamme zukommt, als der Zustand dieser Pflegebefohlenen normal ist und sich die Geburtsvorgänge in der üblichen Art abwickeln. Jede speziell ärztl. Behandlung ist den Hebammen streng untersagt.[127])

Hebamme im Sinne des Art. 321 ist jede Person, welche im Besitze der erforderlichen kant. Bewilligung den Hebammenberuf ausübt. Ueberschreitet eine Hebamme bei der Ausübung ihres Berufs die durch die kant. Bewilligung und den Berufsbegriff selbst recht eng gezogenen Grenzen ihres Tätigkeitsbereiches, z. B. durch Vornahme von ihr nichterlaubten Handlungen am Kranken, so ist sie gleichwohl als Hebamme geheimhaltungspflichtig.

---

[123]) Drogisten sind nicht Apotheker, sondern qualifizierte Vertreter des Handelsstandes, welche mit bes. Bewilligung gewisse Medikamente führen dürfen.

[124]) Vgl. die Systematik bei Ulrich, b. Lanz, bern. Medizinalges. v. 14. 3. 1865.

[125]) Bern. Medizinalges., Art. 24.

[126]) Instruktionen für die Hebammen des Kt. Bern, vom 17. 9. 1917.

[127]) Schweiz. Aerztezeitung 1942, S. 416.

Wie verhält es sich mit Personen, welche nach der Absolvierung einer Hebammenschule ohne die kantonale Bewilligung berufsmässig Handlungen verrichten, deren Vornahme nur patentierten Hebammen gestattet ist ? Auch hier muss das Interesse der Patienten an der Geheimhaltung geschützt werden. Die Belastung mit der Schweigepflicht kann m. E. diesen als Hebammen Tätigen umso eher zugemutet werden, als ihnen in der Hebammenschule immer wieder eingeschärft wurde, dass sie über alle bei ihrer Berufsausübung gemachten Wahrnehmungen strengstes Stillschweigen bewahren müssen. Daher unterstelle ich die zu Hebammen ausgebildeten Personen auch dann dem Art. 321, wenn sie ohne Bewilligung tätig werden.

X. Hilfspersonen

Der Geheimnisschutz wäre unvollständig, wenn nicht auch die Hilfspersonen zur Geheimhaltung verpflichtet wären. Art. 321 umschreibt allerdings nicht näher, wer dieser Personengruppe angehört. Ausgangspunkt für die Bedeutung des Begriffs ist die Definition[128]), dass jemand Hilfsperson ist, wenn er andern hilft. An dieser Definition sind einige Modifikationen anzubringen.

Zunächst sind die Personen, denen geholfen wird, durch Art. 321 StGB. abschliessend aufgezählt.

Ferner muss die Hilfstätigkeit eine enge Beziehung mit der Berufstätigkeit desjenigen aufweisen, dem geholfen wird. Bezeichnend führt Schmalzl[129]) aus, dass nur die Hilfe bei einer Tätigkeit gemeint ist, die dem Amte, Stande der Gewerbe des Geschäftsherrn « eigentümlich » ist.

Die Hilfstätigkeit muss auf die Eigenart des in concreto vorliegenden Berufs zugeschnitten sein. Eine Hilfstätigkeit, welche sich zu den Eigenarten des betr. Berufs indifferent verhält, ist keine Hilfstätigkeit im Sinne des Strafgesetzes. Daher kann man z. B. die Köchin des Pfarrers oder des Arztes und dergleichen Leute nicht als Hilfspersonen im Sinne des Art. 321 bezeichnen. Hilfspersonen sind dagegen die Laborantin, das Röntgenfräulein oder die Sekretärin des Anwalts. Hilfspersonenschaft wird man umso eher dann annehmen können, wenn die betr. Person bei ihrer Tätigkeit Geheimnisse erfährt, für welche der Berufsherr nach Art. 321

---

[128]) Schmalzl, S. 24, von Steiger, S. 30, Spengler, S. 21.

[129]) Schmalzl, S. 24.

schweigepflichtig ist. Ich halte es daher für zu weitgehend, wenn Schmalzl[130]) ausführt, dass « der Kutscher des Arztes nicht Gehilfe ist, obwohl auch für diesen Mann die Möglichkeit besteht, Geheimnisse zu erfahren . . . keine Gehilfen-Tätigkeit ist die Tätigkeit der Empfangsdame eines Arztes, sofern sie nicht zur gleichen Zeit bei der ärztlichen Tätigkeit selbst Hilfe leistet. »

Es ist gleichgültig, auf welchem Rechtsverhältnis die Beziehungen von Berufspersonen und Hilfspersonen beruhen. Ein Anstellungsvertrag ist nicht erforderlich, blosser Auftrag genügt. Jedoch ist ein bewusstes Zusammenwirken erforderlich. Arbeiten zwei Personen nebeneinander am gleichen Objekt ohne Kenntnis voneinander, so mag rein tatsächlich vielleicht der eine Gehilfe des andern sein, aber er ist nicht Hilfsperson im Sinne des Art. 321. Kein Kriterium ist es, ob eine Entlöhnung der Hilfsperson stattfindet. Man denke nur an die unentgeltlich arbeitenden Krankenschwestern oder an Familienangehörige des Berufsherrn! Dagegen ist zu betonen, dass auch die Hilfeleistung berufsmässig erfolgen muss, damit von einer Hilfsperson im Sinne des StGB. gesprochen werden kann.[131])

Das Anbieten zu der Hilfstätigkeit erfolgt meist gegenüber dem Berufsherrn und in zweiter Linie erst gegenüber den Leuten, welche den Berufsherrn in Anspruch genommen haben. Ein Anerbieten an diese Klienten oder Patienten ist nicht einmal nötig. In vielen Fällen haben diese gar keine Kenntnis vom Vorhandensein der Hilfspersonen.

Ohne Bedeutung ist die Form, in welcher sich die Hilfstätigkeit abspielt. Die Hilfspersonen können Verrichtungen vornehmen, die gleicher oder anderer Art sind wie diejenigen der Berufsherrn. Die Handlungen der Gehilfen können ferner gegenüber denjenigen der Berufsherrn von gleicher oder nur von untergeordneter Bedeutung sein.[132]) Die Hilfspersonen können endlich nach örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht verschieden von den Berufsherrn tätig werden.

---

[130]) Schmalzl, S. 24 f.

[131]) Die Anwendung des Art. 321 setzt Berufsmässigkeit auch bei der Hilfeleistung voraus. Daher sind Leute, die bloss gelegentlich z. B. bei Unglücksfällen Hilfe leisten, nicht schweigepflichtig. Unzutreffend von Steiger, S. 31. Anders Ulrich, S. 21. Im deutschen Recht ist die Frage strittig. Schmalzl, S. 25, a. A. Spengler, S. 21.

[132]) Unzutreffend die Motive zu § 300 RStrGB.

Die Hilfspersonen lassen sich definieren als diejenigen Personen, welche berufsmässig den in Art. 321 genannten Schweigepflichtigen bei ihrer Tätigkeit auf eine Art helfen, die mit deren Beruf in enger Beziehung steht.

XI. Studierende

Studierende sind diejenigen, welche an einer Hochschule immatrikuliert sind oder sonstwie zum Besuch der Vorlesungen und Demonstrationen zugelassen sind. Es muss sich dabei um wirkliche Hochschulen handeln. Daher kommen wohl nur die kantonalen Universitäten, die eidg. technische Hochschule und die Handelshochschule in St. Gallen in Betracht. Die Besucher von Mittelschulen, von technischen, kaufmännischen und andern Spezialschulen, von Pflegerinnen- und Hebammenschulen sind dagegen nicht als Studierende im Sinne des Strafgesetzes anzusehen. Die Schülerinnen der beiden zuletztgenannten Schulen sind u. U. als Hilfspersonen geheimhaltungspflichtig.

Das Studium beginnt mit der Immatrikulation oder einer andern Zulassung zum Besuch der genannten Anstalten.

Die geheimzuhaltende Tatsache muss während des Studiums wahrgenommen sein. Studium ist die gesamte Berufsausbildung, welche im Lehrplan einer Hochschule vorgesehen ist. Ist z. B. eine praktische Ausbildungszeit vorgeschrieben, so gehört deren Absolvierung ebenfalls zum Studium. Ich lehne daher die Auffassung ab, dass die Studenten nur für solche Tatsachen schweigepflichtig sind, welche sie bei Veranstaltungen der Hochschule selbst, also z. B. Vorlesungen, wahrnehmen.[133]) Diese Auffassung führt besonders bei Studierenden der Rechtswissenschaft, welche an einem Gericht ein Praktikum bestehen, zu unbefriedigenden Konsequenzen. Denn die Personen, welchen sie bei ihrer Arbeit helfen, unterliegen nicht dem Art. 321, sondern dem Art. 320. Wegen der Formulierung des Art. 320 ist es ausgeschlossen, dass die Studierenden als Hilfspersonen schweigepflichtig werden. Sie wären also nach der eben zitierten Lehre überhaupt nicht zur Geheimhaltung veranlasst. Um solche unbillige Ergebnisse zu vermeiden, muss man die weite Definition des Studiums, wie sie oben gegeben wurde, annehmen.

[133]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 6: «... wenn sie beim akademischen Unterricht, in der Klinik usw. Tatsachen wahrnehmen ... Rechtspraktikanten, die gleichzeitig ein Studium absolvieren, gehören wohl eher zu den Hilfspersonen.»

Betätigen sich dagegen Studierende während ihrer Studienzeit freiwillig und ausserhalb des vorgeschriebenen Studienplans zum Zwecke ihrer Ausbildung in der Praxis, so sind sie nicht als Studenten geheimhaltungspflichtig, sondern gegebenenfalls als Hilfspersonen. Beispiele für letzteres wären Medizinstudenten, die während der Ferien bei einem Arzt oder in einem Spital praktizieren.

Studierender im Sinne des Art. 321 ist also jede zum Besuch einer Hochschule zugelassene Person, die sich im Rahmen des Lehrplans zum Zwecke ihrer Berufsausbildung betätigt.

§ 3. Die Berufsausübung

Damit die Schweigepflicht besteht, müssen die geheimen Tatsachen den Geheimhaltungspflichtigen « infolge ihres Berufs anvertraut » worden sein oder die genannten Personen müssen die geheimen Tatsachen « in Ausübung ihres Berufes wahrgenommen » haben. Die Schweigepflichtigen gelangen also bei ihrer Berufsausübung zur Kenntnis der Geheimnisse.

Der Begriff der Berufsausübung setzt Klarheit über den nicht unumstrittenen Begriff des Berufes voraus. Nach der einen Auffassung[134]) bedeutet « Beruf » die Zugehörigkeit einer Person zu einem der Arbeitszweige, in die sich das Erwerbsleben der Bevölkerung teilt. Die Berufstätigkeit muss nach dieser Ansicht erwerbender Natur sein, d. h. sie muss der betreffenden Person ihren regelmässigen Lebensunterhalt oder wenigstens ein Einkommen sichern, dessen sie bedürfen würde, wenn nicht schon andere Unterhaltsmittel für sie verfügbar wären. Eine andere Theorie macht einen Unterschied zwischen dem objektiven und dem subjektiven Beruf. Subjektiver Beruf bedeutet danach die Lebensstellung, den Beruf schlechthin, sei er durch die Tätigkeit, durch die Betriebszugehörigkeit oder beides bestimmt. Im Gegensatz dazu wird durch den Begriff des objektiven Berufs nur dessen betriebliche Seite betont. Wieder eine andere Theorie[135]) scheidet den Beruf im aktiven und denjenigen im passiven Sinne voneinander. Ersterer ist die Kundgabe des göttlichen Willens, welcher den Menschen zu einer bestimmten Lebensaufgabe ruft. Letztere dagegen die Lebensaufgabe und Lebensarbeit selbst. Die Definition von Olshausen[136]) sieht

---

[134]) Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 2, S. 524 ff.
[135]) Staatslexikon, Bd. 1, S. 816 ff.
[136]) Olshausen, § 222, N. 7b, 7c.

dagegen den Beruf als einen allgemeineren Begriff gegenüber dem Gewerbe an. Nach Olshausen ist für den Beruf nicht begriffsnotwendig, dass er gewerbsmässig betrieben wird, wohl aber dass eine dauernde Betätigung stattfindet, welche eine gewisse Sachkenntnis voraussetzt. Dass die genannte Betätigung die einzige oder hauptsächliche Lebenstätigkeit des betreffenden darstellt, ist dagegen nicht erforderlich.

Je nach der Theorie, welcher man sich anschliesst, kommt man zu ganz verschiedenen, teils recht unbefriedigenden Ergebnissen. Mit der subjektiven Theorie lässt sich wenig anfangen, da diese zu unbestimmt ist. Die passive und aktive Theorie ist gleichfalls für unsere Zwecke unbrauchbar. In Frage kommt eigentlich nur noch die Lehre von Olshausen. Diese widerspricht dem täglichen Sprachgebrauch nicht. Besonders befriedigend ist bei Olshausen, dass er nicht auf das Erwerbsmoment abstellt, denn viele Hilfspersonen erwerben bei ihrer Tätigkeit nichts. Man denke nur an solche Hilfspersonen, die als Lehrlinge oder Voltontäre arbeiten! Ich möchte mich daher der Auffassung Olshausens anschliessen.[137])

Beruf ist somit eine dauernde Betätigung, welche eine gewisse Sachkenntnis voraussetzt. Die Berufsausübung ist dementsprechend die Manifestation der genannten Tätigkeit.

Damit die Schweigepflicht besteht, ist ein enger Zusammenhang zwischen der Berufsausübung und der Wahrnehmung des Geheimnisses erforderlich. Dieser Zusammenhang ist im Folgenden zu untersuchen.

Aus der Formulierung des Gesetzes geht deutlich hervor, dass die Berufsausübung der Grund dafür sein muss, dass die geheime Tatsache wahrgenommen wurde. *Kausalität* zwischen Wahrnehmung und Berufsausübung ist erforderlich.[138]) Jedoch ist es unnötig, dass die Berufsausübung conditio sine qua non für die Wahrnehmung ist.[139]) Die Berufsperson ist für ihre Wahrnehmung auch dann schweigepflichtig, wenn sie von der nicht offenkundigen Tatsache nicht nur bei ihrer Berufstätigkeit, sondern zudem noch ausserhalb derselben Kenntnis erlangt hat. Die Kausalität fehlt, wenn die Tatsachen den in Art. 321 genannten Personen nicht in ihrer Eigen-

---

[137]) Olshausen, § 222, N. 7b, 7c.

[138]) Schmalzl, S. 34, Spengler, S. 30, Kaufmann, S. 359. Lehmann, S. 24.

[139]) Ulrich, S. 35, erachtet Kausalität im Sinne einer conditio sine qua non als erforderlich. Anders Spinner, S. 79.

schaft als Berufspersonen bekannt werden.[140]) Was z. B. dem Arzt oder dem Anwalt als Privatmann mitgeteilt wird, fällt nicht unter das Berufsgeheimnis.

Ferner hat die wahrgenommene Tatsache in einer *materiellen inhaltlichen Beziehung* zur Berufsausübung zu stehen. Nimmt z. B. der Arzt auf dem Wege zum Patienten von einem Vergehen Kenntnis, so ist er dafür nicht geheimhaltungspflichtig, da der materiell-inhaltliche Zusammenhang fehlt.[141])

Immerhin ist es nicht erforderlich, dass dieser Zusammenhang besonders eng ist. Aerztliches Berufsgeheimnis sind z. B. alle jene Tatsachen medizinischer oder nicht-medizinischer Art, die in irgend einem direkten oder weniger direkten Zusammenhang mit dem Entstehen der Krankheit, der Diagnose oder der Behandlung stehen und die dem Arzt in diesem Zusammenhang mitgeteilt werden müssen oder natürlicherweise zugänglich gemacht werden.[142]) Der Arzt und der Geistliche sind daher auch für solche Wahrnehmungen schweigepflichtig, welche sie anlässlich eines Hausbesuchs an der Wohnungseinrichtung machen.[143])

Nicht unbestritten ist die Auffassung, wonach auch solche Geheimnisse zu wahren sind, deren materiell-inhaltliche Beziehung zur Berufsausübung fehlt. Finger und Schmalzl[144]) sind der Ansicht, dass hier nicht das Recht, sondern die Sitte dem Arzt Schweigen gebieten. M. E. kann man bei diesem Problem nicht mit einer einzigen Lösung auskommen. Vielmehr sind folgende zwei Fälle zu unterscheiden. In einem Fall sieht die konsultierende Person irrtümlicherweise die erforderliche Beziehung der mitgeteilten Tatsache zur Berufsausübung als vorhanden an. Zum Beispiel offenbart ein Patient dem Arzt Zustände seines Familienlebens oder seiner Geschäftslage, weil er sie — irrigerweise — als die Ursache seiner Schlaflosigkeit ansieht. Für diese Mitteilung ist der Arzt schweigepflichtig, denn der Patient kann nicht wissen, welche Tatsachen für die Ausübung dieses Berufs erheblich sind und welche nicht. Ausschlaggebend ist für diesen Fall, dass die Mitteilung an die Berufsperson um ihrer Eigenschaft als Berufsperson willen erfolgte.

---

[140]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 2.
[141]) Gl. A. Ulrich, S. 35. Anders Spinner, S. 437.
[142]) Hiestand, S. 34.
[143]) Schmalzl, S. 35, a. A. Finger, S. 361.
[144]) Schmalzl, S. 34, Finger, S. 359.

Im andern Fall erzählt die konsultierende Person ebenfalls eine Tatsache, die keinen inhaltlichen Zusammenhang mit der Berufsausübung aufweist. Sie macht der Berufsperson jedoch nicht wegen ihrer Eigenschaft als Berufsperson Mitteilung, sondern als beliebigem Gesprächspartner. In diesem Fall besteht m. E. keine Schweigepflicht nach Art. 321 StGB.[145]) Die Tatsache ist hier nicht « infolge des Berufs anvertraut ». Ich bestreite nicht, dass in solchen Fällen vielfach der Anstand oder die Sitte den Berufspersonen Schweigen auferlegen.

Man kann zusammenfassen, dass erstens ein Kausalzusammenhang von Berufsausübung und Wahrnehmung und zweitens eine sachlich-materielle Beziehung von Berufsausübung und wahrgenommenem Geheimnis bestehen muss, damit die Schweigepflicht entsteht.

Nach den Grundsätzen des Lebens und speziell nach den für den betr. Beruf üblichen Anschauungen ist zu entscheiden, ob die erforderlichen Zusammenhänge vorhanden sind. Regelmässig muss sich die Berufsperson selbst über diese Fragen Rechenschaft geben.

§ 4. Anvertrauung und Wahrnehmung

1. Das Verb « *Anvertrauen* » wird in § 300 des Reichsstrafgesetzbuches sowie in verschiedenen kantonalen Strafgesetzen und andern Rechtsvorschriften, die sich mit dem Berufsgeheimnis befassen, verwendet. Auch das eidg. Strafgesetzbuch gebraucht diesen Ausdruck, ergänzt ihn jedoch durch den Begriff « Wahrnehmung ».

Das Anvertrauen setzt ein Vertrauen voraus, welches die Verschwiegenheit des Mitteilungsempfängers zum Gegenstand hat.[146]) Im gleichen Sinne wird das Adjektiv « vertraulich » gebraucht. Man denke an die Wendungen « vertrauliche Mitteilung », « streng vertraulich » u. ä. Begrifflich bedeutet das Anvertrauen die Mitteilung einer Tatsache an jemand, von welchem man Verschwiegenheit erwartet. Der Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Geheimnisschutz nötigte jedoch zu einer extensiven Ausdehnung des « Anvertrauens », soweit die einschlägigen Bestimmungen lediglich von anvertrauten Geheimnissen sprechen. Man ging so weit, all das als anvertraut anzusehen, was die Berufspersonen in Ausübung ihres

[145]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 2, a. E.

[146]) Vgl. Sauter, S. 26, der sich mit der Ableitung der Schweigepflicht aus einem Treueverhältnis beschäftigt.

Berufs ohne Zutun der konsultierenden Person, ja sogar gegen deren Willen, erfahren.[147]) Das eidg. StGB. hat eine solche sprachgebrauchswidrige[148]) Auslegung von « anvertrauen » nicht nötig, da es den Verhältnissen in seiner Formulierung besser Rechnung trägt. Die Ergänzung des Begriffs « anvertraute Geheimnisse » durch « wahrgenommene Geheimnisse » ist zweifellos ein Vorzug des Art. 321 gegenüber ähnlichen Bestimmungen anderer Gesetze.

« Anvertrauen » im Sinne des Art. 321 bedeutet, dass der Geheimnisherr der schweigepflichtigen Berufsperson etwas mitteilt und dabei seiner Erwartung darüber Ausdruck gibt, dass die Berufsperson über die Mitteilung Stillschweigen bewahrt. Letztere ist jedoch erst dann nach Art. 321 zum Stillschweigen verpflichtet, wenn die anvertraute Tatsache in dem im vorhergehenden Paragraphen dargestellten Zusammenhang mit der Berufsausübung steht. Wenn dieser Zusammenhang fehlt, dann besteht selbst für « anvertraute » Geheimnisse keine Schweigepflicht wegen Berufsgeheimnis, denn der Art. 321 erklärt die Berufspersonen nur in ihrer Eigenschaft als Berufspersonen schweigepflichtig. Aus dem Passus « anvertraut » darf nicht geschlossen werden, dass auch solche Tatsachen den Schutz des Art. 321 geniessen, welche zwar ohne Zusammenhang mit der Berufsausübung, wohl aber unter der Auflage der Schweigepflicht mitgeteilt wurden.[149]) Das Anvertrauen setzt regelmässig ein aktives Verhalten des Anvertrauenden voraus. Die Mitteilung selbst muss nicht unbedingt in Worten bestehen. Sie kann z. B. auch durch das Zeigen eines Gegenstandes geschehen. Voraussetzung ist jedoch immer die Aktivität des Anvertrauenden. Weitere Voraussetzung des Anvertrauens ist, dass der Anvertrauende Kenntnis von

---

[147]) Spinner, S. 523: « Anvertraut ist die Tatsache, die der Arzt ... entgegen dem Willen des Patienten erfahren konnte. » Aehnlich Schmalzl, S. 32, Ulrich, S. 34 ff.

[148]) Sauter, S. 26 f, gibt zu, dass die Formulierung von § 300 nicht befriedigend ist. «Der Ausdruck ‚anvertrauen' ist besser zu vermeiden ... und er ist, was auch in der früheren preussischen ... Strafgesetzgebung geschehen ist, besser durch einen solchen zu ersetzen, der die begriffliche Zusammengehörigkeit des Geheimnisses und der Art, wie dieses der Vertrauensperson vermöge ihres Berufes zur Kenntnis gelangt, berücksichtigt.»

[149]) Zürcher, Erläuterungen, S. 350, bringt m. E. die gleiche Auffassung zum Ausdruck: « Frühere Entwürfe haben das Berufsgeheimnis allgemein geschützt. Der vorliegende Entwurf beschränkt diesen Schutz durch die Aufzählung der Berufsarten ... Von der Strafdrohung werden also nur noch betroffen, Personen, denen man die feinsten Fragen des Seelenlebens anvertrauen muss oder sollte anvertrauen dürfen. »
Spinner, S. 512: « Der Auflage kommt eine geheimnisschaffende Kraft nicht zu. »

der gemachten Mitteilung hat, denn das Anvertrauen ist ein bewusstes Verhalten.

2. Eine *Wahrnehmung* erfolgt durch die Berufsperson sowohl beim « Anvertrauen » wie beim « Wahrnehmen » im engern Sinn. Trotzdem sind hier die wahrgenommenen Tatsachen als Ergänzung zu den anvertrauten Tatsachen gedacht. Während das Anvertrauen seinen Ausgangspunkt beim Klienten hat und ein aktives Verhalten dieser Person voraussetzt, geht die Wahrnehmung im Sinne des Gesetzes von der Berufsperson aus und bedeutet ein Erkennen. Die Wahrnehmung in diesem Sinne kann nicht nur ohne Zutun der konsultierenden Person, sondern sogar gegen deren Willen erfolgen.

Wahrnehmung ist jede Erkenntnis von Tatsachen. Dabei ist es gleichgültig, auf welche Art diese Erkenntnis gewonnen wird.[150]) Sie kann durch Auge, Ohr, Geruch, Tasten etc. erlangt werden. Sie kann aber auch, was ausserordentlich bedeutungsvoll ist, das Ergebnis eines Denkvorgangs sein. Die Erkenntnis kann auf einem logischen Schluss beruhen. Zum Beispiel gehören Diagnosen zu dieser Art von « Wahrnehmungen ».[151])

Richtig betrachtet erscheint es überflüssig, dass Art. 321 ausser den wahrgenommenen Tatsachen die anvertrauten Tatsachen nennt. Denn erstens werden auch die anvertrauten Tatsachen wahrgenommen und zweitens kann die Aeusserung eines auf Geheimhaltung gerichteten Willens für sich allein noch keine Schweigepflicht im Sinne des Art. 321 schaffen. Diese Formulierung lässt sich wohl nur historisch erklären. Immerhin beleuchtet sie das Vertrauensverhältnis, welches zwischen den Berufspersonen und ihren Kunden herrschen soll und weist in die Richtung der Geheimhaltungspflicht hin: Das Anvertraute soll bewahrt werden.

---

[150]) Ulrich, S. 34: « Nicht nur die ‚audita', sondern auch die ‚visa' und ‚intellecta' sind kraft Berufes erfahrene Tatsachen. Vgl. dazu die Formel des ärztl. Berufsgeheimnisses der alten medizinischen Fakultät der Universität Paris: ‚aegrorum arcana visa, audita, intellcta, eliment nemo'. »

[151]) Vgl. Spengler, S. 26, 27. Spengler unterscheidet mittelbare und unmittelbare Erklärungs- bzw. Erkennungstatsachen, aus deren Wechsel die Diagnose entsteht. Missverständlich ist die Definition bei Spinner, S. 523 oben.

3. Abschnitt

Der Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses

Das Vergehen ist eine tatbestandsmässige, rechtswidrige, schuldhafte Handlung. Im folgenden sind diese drei Merkmale des Tatbestandes i. w. S. zu erörtern.

I. Der objektive Tatbestand

Der objektive Tatbestand der Verletzung des Art. 321 besteht in der Offenbarung des Berufsgeheimnisses durch die Berufsperson. Nur das kann offenbart werden, was nicht schon offen daliegt.[152]) Dabei ist zwischen offenbaren und offenkundigmachen zu unterscheiden. Ist etwas offenkundig, dann ist es einer Vielzahl bekannt, ist etwas aber nur geoffenbart, so kann sich die Kenntnisnahme auf eine einzige Person beziehen.[153]) Jedes Offenkundigmachen ist ein Offenbaren, nicht aber jedes Offenbaren ein Offenkundigmachen.

M. E. ist es gleichgültig, ob die Person, welcher geoffenbart wird, vom Inhalt der Mitteilung bereits Kenntnis hat. In der Literatur wird allerdings auch die Ansicht vertreten, wonach einem Dritten, der das Geheimnis schon kennt, nicht « offenbart » werden kann. « Hat der Dritte aber nur gerüchteweise Kenntnis, so ist ihm gegenüber eine Verletzung des Berufsgeheimnisses möglich, wenn er durch die Offenbarung Gewissheit erlangen würde. [154]) Ich teile diese Auffassung nicht. M. E. wird der Tatbestand der Offenbarung von nicht offenkundigen Tatsachen bestraft.[155]) Die Berufsperson wird straffällig ohne Rücksicht darauf, ob sie ihre Schweigepflicht gegen-

---

[152]) Spinner, S. 500, vertritt die Auffassung, dass auch die Mitteilung offenkundiger Tatsachen strafbar sei. Ich lehne diese Ansicht mit der Begründung ab, dass offenkundige Tatsachen keine Geheimnisse sind. Nach Art. 321 wird jedoch nur die Offenbarung von Geheimnissen bestraft.

[153]) Kaufmann, S. 359 f.

[154]) Schmalzl, S. 37.

[155]) Vgl. oben, S. 8.

über einer Person verletzt, welche bereits von der Tatsache Kenntnis hat oder nicht. Die Berufsperson ist grundsätzlich gegenüber jedermann schweigepflichtig, vorbehalten die Vorschriften über die straflose Offenbarung.[156]) Die Offenbarungshandlung kann sowohl in einer ausdrücklichen Mitteilung wie auch in einem blossen Zugänglichmachen bestehen.[157]) Daher gibt es ungezählte Formen[158]), in denen das Delikt verübt werden kann.

Für den Begriff des vollendeten Delikts ist es notwendig, dass der Dritte von der geheimen Tatsache Kenntnis genommen hat. Dagegen ist es belanglos, ob das Geheimnis durch die Offenbarung gänzlich zerstört wird oder ob es für die andern Personen ausser dem Mitteilungsempfänger weiter bestehen bleibt. Im letzeren Fall ist allerdings die Gefahr des Untergangs grösser geworden, da mindestens ein Mitwisser mehr vorhanden ist.

Die Offenbarung kann gegenüber dem Anvertrauenden und gegenüber Dritten erfolgen.

Die Offenbarung gegenüber dem Anvertrauenden ist straflos.[159]) Anvertrauender ist in diesem Sinne derjenige, bei dem die Berufsperson ihre Wahrnehmungen macht.[160]) Immerhin dürfen der anvertrauenden Person nur Tatsachen mitgeteilt werden, die sich auf sie selbst und ihr Verhältnis zu der Berufsperson beziehen. Als Beispiel sei folgender Fall angeführt: A und B befinden sich beim gleichen Arzt in Behandlung. A ist von B mit einer Krankheit angesteckt

---

156) Aehnlich Ulrich, S. 38. Unklar Wolff, S. 31.

157) Spinner, S. 523: « Eine Offenbarung ist jedes Verhalten, durch welches der Arzt einem Dritten Einblick in die ihm kundigen Geheimnisse verschafft. »
Ulrich, S. 37: « Offenbaren bedeutet diejenige Tätigkeit, die geeignet ist, etwas bisher verborgen Gehaltenes, eben ein Geheimnis, nach aussen erkennbar zu machen, es fremder Wahrnehmung zu erschliessen. »
Wolff, S. 31: « Der Begriff des Offenbarens wird durch jeden Akt, der dazu geeignet ist, ein Geheimnis bekannt zu machen, erfüllt. » Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 11: « Die Handlung besteht in der Offenbarung des Geheimnisses, d. h. darin, dass dasselbe Personen, für deren Kenntnis es nicht bestimmt ist, mitgeteilt oder irgendwie zugänglich gemacht wird. Das Delikt kann auch durch pflichtwidrige Unterlassung verübt werden . . . »

158) Beispiele bei Schmalzl, S. 38: Ein Spezialarzt für Geschlechtskrankheiten offenbart dadurch, dass er erzählt, eine Person X habe ihn zu sich gerufen oder sei zu ihm in die Sprechstunde gekommen. Der gleiche Arzt offenbart dadurch, dass er eine Honorarrechnung auf dem Wirtshaustisch liegen lässt.

159) Spinner, S. 524: « Jedermann hat das Recht, seine Geheimnisse zu erfahren. Die Sitte und das Taktgefühl können jedoch Schweigen gebieten. »

160) Humbert, S. 10: « Anvertrauender ist der, an dessen Körper man etwas wahrnimmt. »

worden. Der Arzt kann nun dem A nur solche Tatsachen mitteilen, die ihn selbst betreffen, nicht aber darf er ihm Mitteilung über die bei B herrschenden Zustände machen. Wolff[161]) und Hippe[162]) betrachten auch den sog. Mitanvertrauenden in dem Sinne als Anvertrauenden, dass ihm straflos offenbart werden darf. Als Mitanvertrauender wird derjenige angesehen, welcher die Berufsperson zu Wahrnehmungen an fremden Objekten veranlasst. Bringt z. B. die Amme ein Kind zum Arzt oder überweist die Gefängnisverwaltung einen Sträfling ins Spital, so gelten Amme und Gefängnisverwaltung als Mitanvertrauende. Schickt die Sittenpolizei eine Dirne zur Untersuchung an einen Arzt, sträubt sich aber die Dirne dagegen, dann ist nach Hippe nur die Polizei als Anvertrauender zu betrachten. Die Dirne dagegen ist wegen ihrem Sträuben nicht Anvertrauende. Diese Auffassung von Wolff und Hippe ist m. E. für die schweizerische Rechtsauffassung nicht zutreffend. Anderseits geht wohl auch Spinner[163]) zu weit, wenn er jede rechtmässige Offenbarung an Mitanvertrauende aufs schärfste ablehnt. M. E. hat der Mitanvertrauende in der Regel kein Recht auf Offenbarung der Geheimnisse des Anvertrauenden. Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen, und zwar dann, wenn den Mitanvertrauenden ein entsprechendes Aufsichtsrecht über die sog. Anvertrauenden zusteht. Es ist hier z. B. an die Eltern von Kindern zu denken, welche in ärztlicher Behandlung stehen.

Die Offenbarung gegenüber den sog. Dritten steht grundsätzlich unter Strafe. Jedoch gibt es auch hier Ausnahmen, welche im 5. Abschnitt der Abhandlung betrachtet werden.

Die Offenbarung des Geheimnisses ist nicht nur während der Dauer der Berufsausübung oder der Studien strafbar, sondern auch nach Beendigung der Tätigkeit, bei welcher das Geheimnis wahrgenommen worden ist. Dies steht ausdrücklich in Absatz 3 von Art. 321, Ziffer 1. Würde die Schweigepflicht nach Beendigung der Berufstätigkeit aufgehoben, so würde dadurch die Wirkung des Geheimnisschutzes erheblich gemindert.

---

[161]) Wolff, S. 30.

[162]) Hippe, S. 289, 290.

[163]) Spinner, S. 520: « Der Mitanvertrauende hat kein Recht auf Offenbarung der Geheimnisse des Anvertrauenden . . . »
S. 525: « Angehörige können sowohl bei der Konsultation im Sprechzimmer als « Mitanvertrauende » wie auch am Krankenlager als Teilnehmende an den Arzt herantreten. Man hat daraus die « Mitanvertrauenden konstruiert, die zufolge ihres Autoritätsverhältnisses (Eltern, Pflegeeltern) ihre minderjährigen Schützlinge dem Arzt anvertrauen . . . »

Die Schweigepflicht besteht auch dann noch, wenn die Person gestorben ist, auf welche sich die geheime Tatsache bezog.[164]) Umgekehrt geht mit dem Tode des Schweigepflichtigen selbstverständlich auch dessen Schweigepflicht unter. Frage ist, ob seine Rechtsnachfolger für solche Tatsachen geheimhaltungspflichtig sind, welche ihnen durch den Eintritt in die Stellung des Verstorbenen zugänglich wurden. Der Gegenentwurf zum Deutschen Strafgesetzvorentwurf hat in § 291, Abs. 2, diese Frage ausdrücklich bejaht. Spinner[165]) ist ebenfalls der Ansicht, dass derjenige, welcher durch das Ableben einer geheimhaltungspflichtigen Person « in den Besitz von deren, im Beruf gemachten Aufzeichnungen gelangt und daraus Geheimnisse offenbart, strafbar ist ». Dem eidg. StGB. ist eine derartige Regelung nicht zu entnehmen. Man darf nämlich nicht übersehen, dass Art. 321 ein Sonderdelikt ist, das nur von ganz bestimmten Personen begangen werden kann.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Erben und alle andern Personen, welche durch den Tod schweigepflichtiger Berufsleute Kenntnis von deren Berufsgeheimnissen erlangen, dem Art. 321 unterstehen. Dagegen sind die Berufsnachfolger für solche Tatsachen schweigepflichtig, welche sie durch die Uebernahme des Inventars von Berufsvorgängern (verstorbenen und lebenden), erfahren haben. (Gerichtsakten, Krankengeschichten, andere Berufsaufzeichnungen.) Diese Tatsachen können ohne weiteres als bei der Berufsausübung wahrgenommen gelten.

Das Verhalten des Täters muss *rechtswidrig* sein, damit als Rechtsfolge die Strafe eintritt. Es ist dann rechtswidrig, wenn es gegen eine Rechtsnorm verstösst.[166]) Fehlt die Rechtswidrigkeit, so kann nicht gestraft werden. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn ein menschliches Verhalten zwar einer Norm des Strafrechts subsumiert werden kann, aber eine andere Rechtsnorm das gleiche Verhalten rechtfertigt. Vgl. weiter unten den Abschnitt über die Strafausschliessung!

---

[164]) Kallfelz in ärztl. Sachverständigenzeitung 1942 H. 4, S. 23. Gl. A. 111. Rechenschaftsbericht des zürch. Oberger., S. 112.

[165]) Spinner, S. 518.

[166]) Hafter, Lehrbuch I, S. 85: « Rechtswidrig ist die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses, die Uebertretung eines rechtlichen Verbotes oder Gebotes ... Nur die Rechtsnorm — eine Norm des Zivilrechts, des Strafrechts, des Staatsrechts, des Völkerrechts usw. — ist Quelle der Rechtswidrigkeit ... Immer kann es nur eine Rechtsnorm sein, nach der die Entscheidung, ob Rechtswidrigkeit oder Rechtmässigkeit vorliegt, zu treffen ist. »

II. Der subjektive Tatbestand

Das eidg. Strafgesetzbuch setzt, damit bestraft werden kann, die schuldhafte Erfüllung des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes voraus. Zwei Schuldformen kommen in Frage, der Vorsatz und die Fahrlässigkeit. Art. 18 StGB. verlangt den Vorsatz überall da, wo das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Art. 321 enthält nirgends eine solche ausdrückliche Bestimmung. Daher ist der Täter nur bei Vorsatz strafbar.[167])

Vorsätzlich handelt der, welcher die Tat mit Wissen und Willen ausführt.[168]) Wissen und Wollen des Täters haben alle in Art. 321 umschriebenen Tatbestandsmerkmale zu umfassen. Je nach der Intensität des Willens entscheidet sich dann, welche Form des Vorsatzes gegeben ist.

Das vollendete Delikt der Offenbarung des Berufsgeheimnisses liegt erst dann vor, wenn der objektive und der subjektive Tatbestand erfüllt sind.

III. Versuchte Verletzung des Berufsgeheimnisses

Das Gesetz unterscheidet den unvollendeten (Art. 21), den vollendeten (Art. 22) und den untauglichen Versuch (Art. 23). Allen drei Arten des Versuchs ist gemeinsam, dass zwar die Berufsperson mit dem Offenbaren angefangen hat, dass aber der Dritte von der Tatsache keine Kenntnis nahm.[169]) Die Gründe für den Nichteintritt des Erfolges sind verschieden.

Beim unvollendeten Versuch hat der Schweigepflichtige zwar mit einer Tätigkeit begonnen, deren Ziel die Offenbarung ist, er hat sie aber nicht zu Ende geführt. Geschah dies aus eigenem Antrieb,

---

[167]) In der Literatur wird vielfach der Standpunkt vertreten, dass auch die fahrlässige Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe zu stellen ist. Vgl. Exner, S. 58: « In der Tat hiesse es den in § 300 gewährleisteten Schutz illusorisch machen, wollte man eine Bestrafung wegen unbefugter Offenbarung vom Vorsatz abhängig machen. Zur Begehung genügt Fahrlässigkeit, Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Eintritt zwar nicht vorgesehen ist, aber bei pflichtmässiger Aufmerksamkeit hätte vorgesehen werden können. Gerade diese « pflichtmässige Aufmerksamkeit » ist es, die vom Arzt gefordert werden muss. »
« Ob daher die Offenbarung vorsätzlich, aus Leichtsinn oder aus Schwatzhaftigkeit geschieht ..., ist für die Strafbarkeit völlig unerheblich. » Einen ähnlichen Standpunkt nimmt von Overbeck, S. 23a ein.

[168]) Hafter I, S. 110.

[169]) Hafter I, S. 193. Wie oben gezeigt, besteht der Erfolg hier in der Kenntnisnahme des Berufsgeheimnisses durch den Dritten.

dann kann der Richter von einer Bestrafung absehen. Zum Beispiel begann die Berufsperson mit der Erzählung eines Berufsgeheimnisses. Sie brach jedoch die Erzählung ab, bevor der Zuhörer die betr. Tatsache erkannt hat. Beim vollendeten Versuch führt der Täter die Handlung, soweit es an ihm lag, zu Ende. Jedoch erhält der Dritte aus irgendeinem Grunde von der Mitteilung keine Kenntnis. Ein Beispiel dafür ist die telephonische Mitteilung eines Berufsgeheimnisses, welche der Dritte wegen Störungen im Apparat nicht versteht.

Ein untauglicher Versuch liegt z. B. vor, wenn der Schweigepflichtige einem Tauben die geheimzuhaltende Tatsache erzählt.

4. Abschnitt

Voraussetzungen und Folgen der Strafbarkeit

§ 1. Der Strafantrag

Die Strafverfolgung wegen Verletzung des Art. 321 geschieht nur auf einen Strafantrag hin. Daher erhebt sich die Frage nach der Antragsberechtigung. Art. 28 StGB. enthält den Grundsatz, dass jeder, der durch die Tat verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen kann. Wer ist aber verletzt im Sinne des Art. 28 ?

Art. 321 schützt, wie oben ausgeführt[170]), ein Persönlichkeitsrecht[171]), das Recht auf eine Geheimsphäre. Als Verletzter ist daher derjenige zu betrachten, dessen Geheimsphäre durch die Offenbarung der geheimen Tatsache verletzt wird. Dies ist die Person, auf welche sich die geheime Tatsache direkt bezieht. Von einer direkten Beziehung kann man dann sprechen, wenn sich die offenbarte Tatsache unmittelbar auf die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers bezieht. Verletzter ist z. B. der Patient, bei welchem die ärztliche Behandlung vorgenommen wird, ferner der Klient, welcher den Anwalt um Rat fragt, der Angeschuldigte, welcher den Verteidiger beansprucht hat, usw. Wenn in den Räten anlässlich der Beratungen[172]) darüber, ob auch die Tierärzte schweigepflichtig sein sollen, die Bemerkung fiel, dass die Schutzbestimmung des Berufsgeheimnisses nicht dem Schutze von wirtschaftlichen Gütern, sondern demjenigen von persönlichen Gütern diene, so darf dieser Ausspruch nicht für die Auslegung der Antragsberechtigung herangezogen werden. Vielmehr kann die Beziehung von geheimer, nun geoffenbarter Tatsache und Person auch durch die Berührung der Tatsache mit der wirtschaftlichen Seite der Persönlichkeit hergestellt werden. Häufig wird bei den Revisoren, aber auch bei den Anwäl-

---

[170]) Vgl. oben, S. 45.

[171]) Spengler, S. 36 unten: « Man muss demjenigen die Antragsberechtigung zugestehen, dessen Rechtsgut verletzt ist. Das im § 300 RStGB. geschützte Rechtsgut ist die Persönlichkeit. »

[172]) Sten. Bull. Nationalrat 1935, S. 753 ff.

ten und eventl. Aerzten die geoffenbarte Tatsache in einer nach der wirtschaftlichen Seite hin direkten Beziehung zu dem Antragsteller stehen. Gegenüber der oben zitierten Aeusserung ist es also erlaubt, die Feststellung zu machen, dass die Kontaktstelle, bei welcher sich die Tatsache mit der Person des Antragstellers berührt, in jedem Sektor der persönlichen Sphäre liegen kann. Voraussetzung ist immer, dass wirklich ein Kontakt vorhanden ist. Ueber letzteres hat der Richter zu entscheiden.

Für die Antragsberechtigung ist nicht Voraussetzung, dass die Personen, auf welche sich die geheimen Tatsachen beziehen, selbst den Schweigepflichtigen Berufspersonen die Gelegenheit zu deren Wahrnehmung gegeben haben. Teilt A dem Arzte Geheimnisse über die Krankheitsursache seines kranken Freundes B mit und verletzt der Arzt die Schweigepflicht, dann ist gleichwohl nur B antragsberechtigt, denn die Tatsachen haben sich auf B bezogen.[173]) Vollständig abwegig ist die Ansicht, dass nur der Mitteilende antragsberechtigt sei.[174]) Denn sonst wäre der Schutz der Geheimnisse in den Fällen, in welchen der Patient mit dem Mitteilenden nicht identisch ist, lediglich von dem guten Willen des Letzteren abhängig, und der in seinem Rechte Verletzte stünde einer Offenbarung machtlos gegenüber.

Die Antragsberechtigung von Dritten, auf welche sich die geheime Tatsache nicht direkt bezieht, wird in der Literatur verschieden gelöst.

Zunächst die sog. Mitanvertrauenden. A teilt dem Arzt Geheimnisse mit, die die Krankheit seines Freundes B betreffen. Der Arzt wahrt das Geheimnis nicht. A ist « Mitanvertrauender ». Ein ähnlicher Fall liegt dann vor, wenn die Dienstherrschaft den Arzt in einer Angelegenheit ihres Dienstboten konsultiert. Nach der Vertrauenstheorie[175]) ist derjenige antragsberechtigt, dessen Vertrauen zerstört wurde. Nach der Interessentheorie kann dagegen jeder den Antrag stellen, dessen Interesse an der Geheimhaltung verletzt wurde. Nach der Willenstheorie stellt den Strafantrag, wer die Verletzung seines auf Geheimhaltung gerichteten Willens beklagt usw.[176])

---

[173]) Ulrich, S. 43.

[174]) RGer. 13, 60. Hippe, S. 300.

[175]) Günther, S. 29.

[176]) Für diese Theorien vgl. oben, S. 43 ff.

M. E. ist auch hier die Ueberlegung massgebend, dass ein Rechtsgut der Persönlichkeit verletzt wird. Verletzt ist nur derjenige, auf den sich die geheime Tatsache direkt bezieht. Dieser soll allein und frei darüber entscheiden, ob er den Antrag stellen will oder nicht.[177]) Wären auch Dritte antragsberechtigt, dann könnte dies leicht zur Folge haben, dass diese gegen das Interesse des unmittelbar von der Offenbarung betroffenen den Antrag stellen[178]) und dass dadurch dessen Geheimnisse erst recht publik werden.[179])

Dritte, die weder in einer direkten inhaltlichen Beziehung zu der geoffenbarten Tatsache stehen noch selbst « anvertraut » haben, sind also nicht antragsberechtigt. Eine Ausnahme wird dann gemacht, wenn der Verletzte handlungsunfähig ist und Dritte als dessen gesetzliche Vertreter den Antrag stellen können. Ferner sind die Angehörigen antragsberechtigt, wenn der Verletzte gestorben ist und weder den Antrag gestellt noch ausdrücklich auf den Antrag verzichtet hat. Art. 28 StGB., Abs. 2 und 4.)

Wie steht es mit der Antragsberechtigung, wenn die Schweigepflicht erst nach dem Tode des betr. Patienten oder Klienten verletzt wurde? Art. 28 IV ist hier nicht anwendbar, da das Delikt erst dann begangen wird, wenn der Geheimnisträger bereits tot ist. Nun wäre es sehr unbillig, wenn für die Verletzung der Schweigepflicht in diesem Fall keine Sanktion bestünde.[180]) Daher ist Art. 175 StGB. analog anzuwenden: « Richtet sich die üble Nachrede oder die Verleumdung gegen einen Verstorbenen . . . so steht das Antragsrecht den Angehörigen des Verstorbenen zu ». Analogie ist hier erlaubt, da kein neuer Straftatbestand geschaffen wird.[181]) Dagegen ist Abs. 2 des Art. 175 nicht analog auf diesen Fall anzuwenden: « Sind zur Zeit der Tat mehr als dreissig Jahre seit dem Tode des Verstorbenen verflossen . . . , so bleibt der Täter straflos ». Die Befristung der Möglichkeit, den Strafantrag zu stellen, hat bei Art. 175 einen vernünftigen Sinn, da nach dreissig Jahren der Wahrheitsbeweis meist nur noch schwer möglich ist. Die Schweigepflicht

---

[177]) Prot. 1. Exp.-Komm., Bd. 2, S. 12 ff.

[178]) Vgl. oben, S. 28.

[179]) Gl. A. Ulrich, S. 43. a. A. Spengler, S. 37, Thormann-von Overbeck 321, N. 23.

[180]) Kallfelz, S. 23, Spinner, S. 517, Sauter, S. 139, Placzek, S. 181.

[181]) Hafter I, S. 13: « Dagegen ist die Analogie richtigerweise zuzulassen, wo es sich nicht um die Aufstellung neuer Straftatbestände handelt . . . » Vgl. Ulrich, S. 45, insbesondere Anm. 12.

ist dagegen zeitlich nicht beschränkt.[182]) Offenbart z. B. ein Arzt dreissig Jahre nach dem Tode einer Dame etwas über die uneheliche Abstammung ihres noch lebenden Kindes, so richtet er sehr wahrscheinlich den gleichen Schaden an wie wenn er fünfundzwanzig Jahre nach dem Tode der Betreffenden ausgeplaudert hätte. Die Angehörigen eines Verstorbenen können also jederzeit den Strafantrag stellen, wenn eine schweigepflichtige Berufsperson Geheimnisse ausplaudert, die sich auf den Toten beziehen.

§ 2. Strafen und Massnahmen.

Art. 321 sieht als *Strafe* für die Offenbarung des Berufsgeheimnisses Gefängnis oder Busse vor. Nach Art. 50 StGB. können diese beiden Strafen miteinander verbunden werden. Kategorisiert man die strafbaren Handlungen nach den gesetzlich vorgesehenen Strafandrohungen, so hat man es bei Art. 321 mit einem Vergehen zu tun. Vergehen sind nämlich nach Art. 10 II StGB. die mit Gefängnis als Höchststrafe bedrohten Handlungen. Die geringste Strafe, welche für die Offenbarung des Berufsgeheimnisses gefällt werden kann, ist Busse im Betrage von einem Franken. Zwar nennt das Gesetz kein Minimum für die Busse, aber wohl mit Recht wird in der Wissenschaft ein Franken als das gegebene Minimum angesehen.[183]) Die höchste Strafe ist Gefängnis von drei Jahren, verbunden mit Busse von 20 000 Franken, sofern nicht besondere Strafschärfungsgründe vorliegen. Das Bussenmaximum kann überschritten werden, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelte. Solche Fälle erscheinen bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses nicht als ausgeschlossen. Die Verletzung der Schweigepflicht auf Grund einer Bestechung ist z. B. bei den Revisoren denkbar, da diese Dinge wahrnehmen, welche für ein Konkurrenzunternehmen von enormer Bedeutung sein können.

Neben der Hauptstrafe können auch *Nebenstrafen* über den Täter verhängt werden. Hauptsächlich kommt das Berufsverbot (Art. 54 StGB.) in Betracht[184]), dessen Anwendbarkeit von drei Voraus-

---

[182]) Spinner, S. 516: « Eine zeitliche Beschränkung einer geheimnispflichtigen Tatsache ist gegen den Willen und Zweck der Institution ». « Der Arzt ist zur Geheimhaltung zeit seines Lebens verpflichtet — ist der Berechtigte gestorben, ohne den Arzt zum Sprechen zu ermächtigen, dann darf er überhaupt nicht mehr sprechen. »

[183]) Thormann-von Overbeck, Art. 48, N. 7.

[184]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 24.

setzungen abhängig ist. Zunächst muss der Täter ein Vergehen oder Verbrechen in der von einer behördlichen Bewilligung abhängigen Ausübung eines Berufs begangen haben. Dann muss er für dieses Delikt mit einer Freiheitsstrafe von über drei Monaten bestraft worden sein. Endlich muss die Gefahr weiteren Missbrauchs bestehen.

Zweierlei *Massnahmen* unterscheidet das eidg. Strafgesetzbuch, nämlich die sichernden und die sog. andern Massnahmen. Keine dieser Massnahmen weist einen besondern Zusammenhang mit der Verletzung des Berufsgeheimnisses auf, denn die Ausübung der hier in Betracht kommenden Berufe dürfte regelmässig den Gewohnheitsverbrechern, Liederlichen und Arbeitsscheuen untersagt sein. Eine Betrachtung der Massnahmen erübrigt sich daher.

5. Abschnitt

Die straflose Offenbarung des Berufsgeheimnisses

§ 1. Die Einwilligung des Berechtigten

Art. 321 Ziff. 2 erklärt den Täter als straflos, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten geoffenbart hat.

Ausgangspunkt für diese Bestimmung ist die bekannte Digestenstelle: volenti non fit iniuria (1. 1. § 5, D. 47, 10).[185]) Das Strafgesetz anerkennt diesen alten Grundsatz nicht, wenn Rechtsgüter der Allgemeinheit auf dem Spiele stehen und ein allgemeines Interesse an der Bestrafung des Delinquenten besteht. Nur dann kann die Einwilligung die Strafbarkeit ausschliessen, wenn es sich um ein Rechtsgut handelt, über welches die Verfügung einem Individuum zusteht.[186])

Der Begriff der Einwilligung des Berechtigten ist nach verschiedenen Punkten hin abzuklären.

Wer ist der Berechtigte?[187]) Um der Lösung näher zu kommen, ist die Frage nach dem Objekt der Berechtigung zu beantworten: Die Berechtigung bezieht sich auf die Einwilligung. Das Recht zur Erteilung der Einwilligung ergibt sich seinerseits aus dem Verfügungsrecht über die Geheimsphäre. Voraussetzung dieses zuletztgenannten Rechts ist, dass sich die geheime Tatsache direkt und ausschliesslich auf die einwilligende Person bezieht.[188]) Nichts ist nun näherliegend als ein Vergleich zwischen dem Antragsberech-

---

[185]) Spengler, S. 48. Spinner, S. 450.

[186]) Spengler, S. 48: «... die Voraussetzungen für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit sind hier gegeben, da es sich um ein verzichtbares Rechtsgut handelt.»

[187]) Börlin machte am Schweiz. Anwaltstag 1931 in Sitten den Vorschlag, den «Berechtigten» durch den «Geheimniseigentümer» zu ersetzen.

[188]) Vgl. oben, S. 9, S. 78. Ulrich, S. 101. Wolff, S. 46.

tigten und dem Einwilligungsberechtigten. Denn wie oben dargestellt, setzt auch die Antragsberechtigung einen engen Zusammenhang des Antragsberechtigten mit der geheimen Tatsache voraus. Der terminologische Unterschied, den das Gesetz macht, soll nicht übersehen werden. Der Antragsteller wird als der Verletzte bezeichnet, während der Einwilligungsberechtigte « Berechtigter » genannt wird. Dieser Unterschied in der Formulierung ist jedoch richtig. Da die strafbare Handlung notwendigerweise vor dem Antrag begangen worden sein muss, ist der Antragsberechtigte als « Verletzter » zu bezeichnen. Bei der Einwilligung ist es dagegen begrifflich ausgeschlossen, dass die strafbare Handlung stattgefunden hat. Deshalb wäre es verfehlt, in diesem Fall von einem Verletzten zu sprechen. Wir gelangen also zum Ergebnis, dass der vom Gesetz gemachte terminologische Unterschied keine praktische Bedeutung hat. Ich bin daher der Ansicht, dass die Einwilligungsberechtigten die gleichen Personen sind, wie die Antragsberechtigten.[189])

Einwilligungsberechtigt ist grundsätzlich jeder Handlungsfähige, der im erforderlichen Zusammenhang mit der geheimen Tatsache steht. Wer einer schweigepflichtigen Berufsperson von geheimen Tatsachen Kenntnis gibt, ist daher nicht notwendigerweise einwilligungsberechtigt.[190]) Von Wichtigkeit ist, dass sich die geheime Tatsache ausschliesslich auf den Einwilligungsberechtigten beziehen muss.[191]) Streng genommen ist daher ein Versicherungskandidat nicht einwilligungsberechtigt für Angaben, welche er bei der ärztlichen Untersuchung über den Gesundheitszustand seiner Verwandten macht.

---

[189]) Schmalzl, S. 62: « Die Einwilligung muss von dem Verletzbaren ausgehen. Wer dies ist, ist unten bei der Behandlung der Antragsbefugnis auszuführen. » Wolff, S. 45: « Dispensationsberechtigt ist der zur Stellung des Antrags Berechtigte. » Ulrich, S. 101, gl. A.

[190]) Gl. A. Spinner, S. 451, Wolff, S. 46, Ulrich, S. 101. Wolff: « Der Verletzbare ist nicht identisch mit dem Anvertrauenden, da dieser jede beliebige Person sein kann, die mit dem Anvertrauten nicht notwendig in einer innern Beziehung zu stehen braucht. » Vgl. oben, S. 72.

[191]) Ulrich, S. 101: « In der Regel werden sich die Tatsachen, die den Gegenstand eines Berufsgeheimnisses bilden, auf die anvertrauende Person selbst beziehen. Soweit es sich um solche Geheimnisse handelt, liegt die Entscheidung ... ausschliesslich beim Anvertrauenden. Sobald aber das Berufsgeheimnis einen Sachverhalt in sich schliesst, der ... die gesundheitlichen Verhältnisse ... eines Dritten betrifft, so ist der Arzt diesem Dritten gegenüber direkt schweigepflichtig. Die Preisgabe dieser Tatsache würde unmittelbar nicht ein Rechtsgut des Anvertrauenden, sondern dieser Drittperson verletzen. »

Für urteilsfähige Handlungsunfähige über 18 Jahre ist Art. 28 III StGB. analog anzuwenden. Diese Personen sollen selbst darüber entscheiden, ob die Offenbarung einer sie betreffenden Tatsache stattfinden soll oder nicht. Diese Entscheidung ist kaum schwerer zu treffen als jene, ob eine geschehene Offenbarung bestraft werden soll.[192])

In analoger Anwendung des Art. 28 II kommt man zum Ergebnis, dass für die übrigen Handlungsfähigen deren gesetzlicher Vertreter einwilligungsberechtigt ist.

Da die Schweigepflicht auch nach dem Tode des Geheimnisherrn besteht[193]), können dessen Angehörige den Strafantrag stellen. Zwar hat das eidg. StGB. für die Einwilligung keine ausdrückliche Regelung getroffen, aber die Bedürfnisse erfordern eine Lösung, die derjenigen im Art. 175 analog ist. Denn es besteht kein Zweifel darüber, dass die Aufklärung von Geheimnissen eines Verstorbenen für dessen Angehörige vielfach grosse vermögens- und familienrechtliche Bedeutung hat. Man denke nur, von welcher Wichtigkeit es sein kann, Aufschluss über den Geisteszustand des Testators zu erhalten. Ferner halte man sich vor Augen, welche Folgen gewisse Todesursachen für die Geltendmachung eines Versicherungsanspruchs haben.

Das deutsche positive Recht kennt ebenfalls keinen Uebergang der Einwilligungsbefugnis auf die Angehörigen des Verstorbenen. Diesem Mangel half die Rechtsprechung insoweit ab, als sie es für zulässig erklärte, dass ein Arzt mit Zustimmung der Angehörigen des Verstorbenen Berufsgeheimnisse preisgibt, wenn es sich um Tatsachen von vermögensrechtlicher Bedeutung handelt.[194]) Die Medizinalgesetze von Luzern (§ 18), Aargau (§ 14) und Zug (§ 46) sowie Art. 77 III des BB betr. das Verfahren vor Versicherungsgericht verleihen ganz allgemein den Rechtsnachfolgern des Geheimnisherrn die Befugnis zur Aufhebung der Schweigepflicht.

Es entspricht m. E. durchaus dem Rechtsempfinden, wenn man den Uebergang des Einwilligungsrechts auf die Angehörigen des Verstorbenen als zulässig erklärt.[195])

---

[192]) Ulrich, S. 103, 104.

[193]) Vgl. S. 74, 75.

[194]) Ebermayer, S. 45.

[195]) Gl. A. Ulrich, S. 106. A. A. Kaufmann, S. 361, Spinner, S. 517: « Die Geheimnisherrschaft folgt aber dem Herrn ins Grab, es ist nun eine formale Unmöglichkeit, den Arzt des Schweigens zu entheben, das Recht des

Die *Einwilligung* ist begrifflich die Zustimmung zu einem zukünftigen Verhalten eines Dritten. Die Offenbarung darf also zeitlich erst nach der Einwilligung erfolgen. Geht sie der Einwilligung voraus, dann liegt keine « Einwilligung », sondern eine nachherige Billigung des Täterverhaltens vor. Die Berufsperson begeht in diesem Falle eine strafbare Handlung. Zur Strafverfolgung fehlt einzig der Antrag, da ja der « Berechtigte » mit der Offenbarung einverstanden ist. Zwischen der Einwilligung und der Unterlassung des Strafantrags ist also ein Unterschied zu machen.

Das Gesetz sieht keine besondere Form für die Einwilligung vor.[196]) Diese kann ausdrücklich und stillschweigend erfolgen. Gerade die Einwilligung durch konkludente Handlung ist recht häufig. Lässt sich z. B. jemand zum Zwecke der Aufnahme in eine Versicherung ärztlich untersuchen, so wird mit der Tatsache stillschweigend die Einwilligung gegeben, das Untersuchungsergebnis der Versicherung mitzuteilen. Die gleiche Erscheinung haben wir beim Krankenschein, den der Patient dem Arzt zum Ausfüllen übergibt. Am häufigsten aber erfolgt die stillschweigende Einwilligung gegenüber den Berufspersonen in bezug auf die Offenbarung an deren Hilfspersonal.

Die Einwilligung bezieht sich entweder auf die Offenbarung einzelner geheimer Tatsachen oder auf diejenigen eines ganzen Komplexes von Geheimnissen. Kennt der Einwilligende die Tatsachen, welche geoffenbart werden sollen, überhaupt nicht oder nur ungenügend, so läuft er Gefahr, dass die Berufsperson etwas kundgibt, an das er gar nicht gedacht hat und woraus für ihn ganz unerwartete Folgen entstehen. Die Unkenntnis des Einwilligenden ist vor allem dann anzunehmen, wenn die Einwilligung bei voller Kenntnis der Sachlage vernünftigerweise nicht gegeben würde.

Entbindens, der Sprechmöglichkeit ist mit dem Tode des Berechtigten erloschen, nicht aber die Pflicht des Arztes ... Eine Vererblichkeit der Geheimnisherrschaft ist nur dann möglich, wenn eine spezielle Verfügung des Verstorbenen vorhanden ist, wenn er die Wahrung gewisser Teile seiner Geheimsphäre einem andern übertragen hat ... Mit dem Tode des Geheimnisherrn wird das Geheimnis absolut. » Aehnlich Wolff, S. 47. Ich halte diese Auffassung für lebensfremd.

[196]) Immer muss aber eine Einwilligung vorliegen. Deshalb ist es nicht richtig, wenn Hippe, S. 289 ausführt: « Fehlt es an solcher Erlaubnis, kann aber der Rechtsanwalt mit Grund voraussetzen, dass der Anvertrauende bezüglich der Tatsache die Erlaubnis sicher gegeben haben würde, falls er Gelegenheit dazu gehabt hätte, so wird man den Anwalt, insofern er die Erlaubnis fingiert, gewissermassen als negotiorum gestor seines Mandanten ansehen und ihm die Berechtigung zur Offenbarung nicht absprechen mögen. »

Um die Einwilligenden vor unliebsamen Ueberraschungen zu schützen, und um ihnen von dem Inhalt und der Tragweite der gewünschten Offenbarung Kenntnis zu geben, erfolgt meistens eine entsprechende Aufklärung durch die Berufsperson. Die Mehrzahl der Autoren verlangt nun, dass in jedem Fall den Einwilligenden über den Inhalt der Offenbarung genaue Mitteilung gemacht wird.[197]) Ich lehne jedoch diese Auffassung ab, da ihre praktischen Folgen vielfach nicht nur unangebracht, sondern direkt schadenstiftend sind. Folgendes Beispiel soll diese Auffassung erläutern: Jemand begibt sich in ärztliche Behandlung und bringt dem Arzt einen Krankenschein. Der Arzt stellt fest, dass der Patient an Krebs leidet und daran in einiger Zeit sterben wird. Soll der Arzt, bevor er den Krankenschein der Versicherung zuschickt, dem Patienten mitteilen, dass er an der genannten Krankheit leidet und zugrunde gehen wird oder soll der Arzt ohne derartige Eröffnungen den Schein ausfüllen und an die Krankenkasse schicken? Würde der Arzt dem Patienten die Diagnose mitteilen, so würde er ihm dadurch seine ganze Hoffnung auf Heilung und seine Lebensfreude nehmen ohne ihm nur das Geringste zu nützen. Ich halte daher in diesem Fall die zweite Lösung für die richtige.

M. E. haben die Berufspersonen für ihr Verhalten zwei Möglichkeiten, wenn der Geheimnisherr die Einwilligung erteilt hat: Entweder machen sie den Einwilligenden auf die Bedeutung, den Inhalt und die Folgen der Offenbarung aufmerksam oder sie machen von ihrem Offenbarungsrecht nur soweit Gebrauch, als sie es mit den Interessen des Einwilligenden für vereinbar halten.[198]) Die Schweigepflichtigen haben sich in der Regel der ersten Möglichkeit zu bedienen. Denn wenn es schon im Normalfall üblich ist, dass die Berufsperson ihren Klienten oder Patienten über seine Lage aufklärt, so ist diese Aufklärung um so mehr dann angebracht, wenn Letzterer sich mit der Frage beschäftigt, ob er die Berufsperson von ihrer Schweigepflicht befreien soll, damit sie seine Lage bekanntgeben kann.

Die zweite Möglichkeit soll nur dann benutzt werden, wenn dem Einwilligenden durch diese Aufklärung ein Schaden entstünde,

---

[197]) Humbert, S. 16, Spinner, S. 502, Ulrich, S. 109.

[198]) Spengler, S. 48. Anderer Ansicht sind Ulrich, S. 109, Spinner, S. 502 und Humbert, S. 16, welche dem Arzt eine rückhaltlose Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten auferlegen. Die zuletztgenannten Autoren erachten es als unerlässlich, dass die « Anvertrauenden » vor *jeder* Offenbarung genaue Kenntnis von ihrem Zustand erhalten.

welcher mit deren Zweck in keinem Verhältnis steht. Die Berufspersonen haben hier nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden, ob und was sie dem Einwilligenden über die fraglichen Geheimnisse mitteilen wollen.

Dabei ist hervorzuheben, dass die Einwilligung dem Schweigepflichtigen wohl das Recht zur Offenbarung gibt, dass sie ihn dagegen nicht zur Offenbarung verpflichtet.[199]) Eine Aussagepflicht besteht vielmehr nur dann, wenn ein Prozessgesetz dies verlangt. In allen andern Fällen wird die Berufsperson frei entscheiden, ob sie vom Offenbarungsrecht Gebrauch machen will oder nicht. Sie wird sich dabei von den Interessen des Einwilligenden leiten lassen.[200]) Diese Auffassung lässt sich insbesondere damit begründen, dass viele Leute unüberlegt handeln, wenn es gilt, mit Hilfe eines ärztlichen Zeugnisses einen bestimmten Zweck zu erreichen.[201]) Wenn die Berufsperson einerseits nicht selbst offenbaren will und es anderseits mit dem Einwilligenden nicht verderben will, dann steht ihr der Ausweg offen, die Mitteilung über die geheime Tatsache dem Einwilligenden schriftlich zuzustellen. Dieser kann darüber verfügen, wie er es für richtig findet.

Eine Einwilligung, welche die Offenbarung von Geheimnissen für die Gegenwart und Zukunft gestatten würde und so weitgehend wäre, dass sie einem Verzicht auf die Geheimsphäre gleichkommt, ist ungültig. Das Recht auf die Geheimsphäre ist ein Persönlichkeitsrecht und als solches unveräusserlich. Ein Verzicht darauf ist unsittlich und daher rechtlich ohne Wirkungen.

Jede Einwilligung in eine Offenbarung *ist widerruflich.* Die strafrechtliche Einwilligung hat keinen rechtsgeschäftlichen Charakter. Sie ist weder ein Gestaltungsrecht, welches einen unwiderruflichen Rechtszustand schafft, wenn es ausgeübt worden ist, noch kann sie als Vertrag gelten.[202]) Die Einwilligung hat nur augenblickliche Wirkung. Voraussetzung für den Widerruf ist selbstverständlich, dass dieser vor der Offenbarung erfolgt. Wie für die Einwilligung, so besteht auch für den Widerruf keine Formvorschrift. Jedoch muss dieser, damit er erheblich ist, ebenso wie die

[199]) Börlin, S. 6.

[200]) Entwurf zum zürch. Medizinalges. 1933 § 16: « Ausnahmsweise sind die Aerzte im Interesse der anvertrauenden Personen und mit deren Einverständnis von der Schweigepflicht entbunden. »

[201]) Ulrich, S. 110.

[202]) Hafter, Lehrbuch I, S. 162.

Einwilligung von der Berufsperson wahrgenommen werden. Nach vollzogener Einwilligung ist daher ein Widerruf in ausdrücklicher Form empfehlenswert. Schriftlichkeit ist sowohl für die Einwilligung wie für den Widerruf von Vorteil.

Die Einwilligung kann sich auf eine Offenbarung beziehen, welche entweder an die Allgemeinheit oder nur an wenige, genau umschriebene Personen erfolgt. Der Einwilligende hat zu entscheiden, wem gegenüber geoffenbart werden soll. Diese Entscheidung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die Uebergabe eines Krankenscheins an den Arzt schliesst z. B. nur die Einwilligung zur Mitteilung der Diagnose an die Krankenkasse in sich. Wenn jemand sich einer Untersuchung zum Abschluss eines Versicherungsvertrags unterzieht, dann gibt er m. E. gleichzeitig die Einwilligung, das Untersuchungsergebnis der Versicherungsgesellschaft mitzuteilen. Schreibt der Geheimnisherr vor, dass nur bestimmten Leuten vom Geheimnis Kenntnis gegeben werden soll, dann darf die schweigepflichtige Berufsperson nicht auch andern Leuten Mitteilung machen. Sie würde sonst das Berufsgeheimnis verletzen.[203])

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Einwilligungsberechtigung in personeller Hinsicht der Antragsberechtigung gleichsteht. Sachlich besteht die Einwilligung in der Enthebung der Berufspersonen von der Schweigepflicht. Die Einwilligung schafft nur ein Offenbarungsrecht, nicht aber eine Offenbarungspflicht.

§ 2. Die Bewilligung der vorgesetzten Behörde

Art. 321, Ziff. 2, bestimmt, dass der Täter nicht strafbar ist, wenn er das Geheimnis auf Grund einer auf sein Gesuch hin erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat. Diese Regelung stellt eine glückliche Neuerung des eidg Strafgesetzbuches dar. Sie ersetzt die Bestimmung[204]), wonach die Offenbarung erlaubt ist, wenn ein höheres Interesse sie gebietet. Art. 321, Ziff. 2, hat den grossen Vorteil, dass es nicht die Schweigepflichtigen sind, welche darüber entscheiden müssen, ob sie offenbaren dürfen. Gewisse Kategorien der schweigepflichtigen Berufspersonen sind nämlich ungeübt in der Auslegung von Rechtsvorschriften und gerade bei einer zu allgemeinen Umschreibung der Gründe für die straflose Offenbarung könnten sie umso eher zu

[203]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 15. Kaufmann, S. 361.

[204]) Vgl. S. 35, oben.

Fehlergebnissen gelangen als sie vielfach selbst an der Offenbarung unmittelbar interessiert sind. Durch die im eidg. Strafgesetzbuch getroffene Regelung werden die Schweigepflichtigen dieser Schwierigkeiten enthoben.

Ueber das Verfahren und die Grundsätze, nach welchen die Bewilligung erteilt werden soll, macht das Gesetz leider keine näheren Angaben. Auch aus den Motiven lassen sich keine festen Anhaltspunkte zur Beantwortung dieser wichtigen Fragen entnehmen.[205]) Die Literatur befasste sich mit diesen Problemen kaum. Kantonale Rechtsvorschriften über das Verfahren erschienen nicht. Wir betreten also Neuland.

Die Subjekte. Zwei Subjekte sind bei der Erteilung der Bewilligung erforderlich, nämlich der Bewilligungsempfänger und die Aufsichtsbehörde. Keine andern Subjekte als diese zwei Genannten kommen in Betracht.

Der Empfänger der Bewilligung muss zugleich Gesuchsteller sein, was sich aus dem Gesetz ergibt. Diese Vorschrift hat ihren Grund darin, dass Ziff. 2 dazu bestimmt ist, den Berufspersonen die Möglichkeit einer rechtmässigen Offenbarung zu geben, wenn diese es begründeterweise für richtig halten. Ziff. 2 dient jedoch nicht dazu, die Offenbarung auf Veranlassung eines Dritten herbeizuführen.[206]) Die gleiche Ansicht vertritt Egli[207]): «Ganz klar dagegen ist, dass die soeben besprochene Bestimmung nicht etwa der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde die Möglichkeit gibt, den Arzt zur Geheimnisoffenbarung zu zwingen. Sie kann nur auf ein Gesuch des Arztes hin ihm den Bruch der Schweigepflicht erlauben.» Nur die in Art. 321 genannten Berufspersonen können den Antrag auf Ermächtigung zur Offenbarung stellen und die Bewilligung erhalten. Dies geht daraus hervor, dass Ziff. 2 vom «Täter» spricht. Als Täter kommen hier nur die in Art. 321 aufgezählten Schweigepflichtigen in Betracht, da es sich um ein Sonderdelikt handelt.

Weder die *Aufsichtsbehörde* noch die *vorgesetzte Behörde* werden im Art. 321 näher bezeichnet.[208]) Rechtsvorschriften, welche die Zuständigkeit für die Erteilung von Bewilligungen regeln, sind

[205]) Vgl. S. 36, oben.
[206]) Diese Veranlassung wäre dann gegeben, wenn der Dritte ein Gesuch um Bewilligung der Offenbarung stellt.
[207]) Egli, 1942, Nr. 30, S. 6.
[208]) Egli, Nr. 30, S. 6.

bis heute noch nicht erlassen worden. Dennoch dürfte es unbestritten sein, dass unter den vorgesetzten Behörden diejenigen Instanzen zu verstehen sind, welche den einzelnen Berufszweigen übergeordnet sind und welchen die Aufsicht über jene zusteht. In der Regel haben die Kantone die Aufsichtsbehörde zu bezeichnen.[209]) Für die eidg. technische Hochschule in Zürich muss dagegen der Bund die zuständige Instanz bestimmen. Zum Beispiel wird den Aerzten meist die kantonale Sanitätsdirektion[210]), den Anwälten vielfach das Obergericht die Bewilligung erteilen. Wie verhält es sich aber bei den Hilfspersonen? Auf diese bezieht sich wohl jene Bemerkung bei Thormann-Overbeck[211]), nach welcher die Erteilung der Bewilligung nur dann in Frage kommt, « wenn der Täter in seiner Berufsausübung einer solchen Behörde unterstellt ist ». M. E. sollte den Hilfspersonen die gleiche Instanz die Bewilligung erteilen, welche deren Berufsherrn von der Schweigepflicht befreit.

Das Verfahren gliedert sich, wie dem Gesetz zu entnehmen ist, in das Stellen des Gesuchs und in die Erteilung der Bewilligung. Vor der Beschlussfassung der zuständigen Behörde dürfte eine Beratung darüber stattfinden, ob dem Gesuch entsprochen werden soll.

Das Gesuch. Die Bewilligung darf nur auf Grund eines Gesuchs des Schweigepflichtigen hin erteilt werden. Das Fehlen des Gesuchs könnte die gleichen Ursachen und Folgen haben wie die fehlende Identität von Gesuchsteller und Mitteilungsempfänger. Wie oben ausgeführt, soll die in Art. 321, Ziff. 2, getroffene Regelung nur eine Offenbarung auf Veranlassung des Geheimhaltungspflichtigen ermöglichen, nicht aber beliebigen Dritten die Information über Berufsgeheimnisse erleichtern. Das Gesetz schreibt für das Gesuch keine Form vor. Daher kann es schriftlich oder mündlich gestellt werden. Es muss zweierlei enthalten: erstens das Ersuchen um die Bewilligung und zweitens eine Darlegung der Verhältnisse. Das erste Erfordernis ergibt sich aus dem Begriff des Gesuchs. Das zweite Erfordernis dient dazu, den Behörden eine Grundlage für ihre Beratung und Beschlussfassung zu geben. Wettstein erklärt darüber im Ständerat[212]) : « Gemeint ist hier nur die Straflosigkeit

[209]) Naville, S. 91: « L'autorité supérieure prévue ne sera pas unique pour toute la Suisse. Chaque canton devra désigner ... les organes de cette autorité ... »

[210]) Egli, Nr. 39, S. 473.

[211]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 16.

[212]) Sten. Bull. Ständerat 1935, S. 335.

einer Offenbarung, wenn die Berufsperson ihre Aufsichtsbehörden unter Darlegung der Verhältnisse um die Einwilligung dazu ersucht. Die Behörde hat dann zu prüfen, ob ein höheres Interesse die Offenbarung rechtfertigt. » Wie sollen die Verhältnisse geschildert werden? Soll der Einzelfall ganz genau unter Namensnennung aller Beteiligten oder soll er recht abstrakt dargestellt werden? Egli, ein Fachmann in Rechtsfragen des Arztes, schreibt bezugnehmend auf das Gutachten des zweiten patentierten Arztes im Fall des Artikels 120[213]) : « Bei der nähern Umschreibung des Vorgehens wird es von Wichtigkeit sein, dafür Sorge zu tragen, dass das ärztliche Berufsgeheimnis auch gegenüber den Behörden gewahrt bleibt ». Die gleiche Auffassung tritt im règlement rel. à la fonction du médecin autorisé des Kt. Genf vom 27. 1. 1942 zutage. M. E. kann kein Zweifel darüber herrschen, dass die Schweigepflicht bis zur Erteilung der Bewilligung besteht. Sie besteht grundsätzlich auch gegenüber den Behörden, also auch gegenüber den Aufsichtsbehörden. Zwar sind die Behörden kraft Amtsgeheimnis schweigepflichtig. Unter den Geheimhaltungspflichtigen gibt es jedoch keinen Geheimnisaustausch.[214]) Damit die vorgesetzte Behörde ihre Entscheidung treffen kann, muss sie gewisse sachliche Unterlagen haben. Dies rechtfertigt eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses jedoch nur in dem dafür unbedingt erforderlichen Masse.[215]) Aus dieser Ueberlegung heraus schliesse ich mich Egli an und komme zum Ergebnis, dass im Gesuch die Umstände, welche eine Offenbarung rechtfertigen, nur soweit dargestellt werden müssen, als es für die Entscheidung der zuständigen Behörde erforderlich ist.

Die Beratung. Weder aus dem Gesetz noch aus den Motiven geht klar hervor, nach welchen Grundsätzen die zuständige Behörde entscheiden soll. Daher möchte ich zur Beantwortung dieser Frage vergleichend einige einschlägige Normen des Deutschen Reichsrechts heranziehen.

§ 325 III des Entwurfs zu einem allgemeinen Deutschen StGB. von 1927 sieht vor, dass der Schweigepflichtige straffrei ist, « wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann und wenn das gefährdete Interesse über-

---

[213]) Egli, Nr. 7/8, S. 99.
[214]) Egli, Nr. 30, S. 5.
[215]) Prot. Kom. Nat.-Rat. Bd. IV, S. 126.

wiegt ». Schmidt führt dazu aus[216]), dass zwei Voraussetzungen für die Straflosigkeit erfüllt sein müssen: erstens objektive Notwendigkeit der Geheimnisverletzung als des allein in Frage kommenden Mittels zur Interessenwahrung und zweitens Höherwertigkeit des wahrzunehmenden Interesses, verglichen mit dem Geheimniswert. § 13 Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1935 lautet: « Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt. »

Wie oben ausgeführt, lehne ich die romanische Theorie vom absoluten Geheimnis ab und schliesse mich der deutsch-rechtlichen Lehre vom relativen Geheimnis an. Auch das eidg. StGB. huldigt in dieser Beziehung der deutschen Rechtsauffassung. Ich bin nun der Ansicht, dass sich die zuständige Behörde bei der Erteilung der Bewilligung von ähnlichen Ueberlegungen leiten lassen soll wie der Arzt im Reichsrecht. M. E. wäre es von Vorteil, folgende zwei Tatsachen zu Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung zu machen:

1. Das Interesse an der Offenbarung muss wertvoller sein als dasjenige an der Geheimhaltung.
2. Das bedrohte Interesse kann nur durch die Offenbarung gewahrt werden.

Ad 1: Das Interesse an der Offenbarung muss höherwertig sein als dasjenige an der Geheimhaltung: Es findet hier eine oft recht schwierige Abwägung der verschiedenen Güter statt. Die Schwierigkeit rührt daher, dass es sich bei dieser Verrechnung meist nicht um ein Abwägen von mathematischen Grössen handelt.[217]) Ein gewisser Wertmesser dürfte immerhin in Art. 321 StGB. gefunden werden, dessen Strafdrohung m. E. deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Geheimsphäre ein sehr wertvolles Rechtsgut ist. Das höherwertige Rechtsgut kann man nicht nur dadurch bestimmen, dass man den durch die Offenbarung entstehenden Schaden mit dem bei der Nichtoffenbarung drohenden Schaden vergleicht[218]), denn es lässt sich nicht nach rein materiellen Gesichtspunkten berechnen.

---

[216]) Schmidt, S. 9.

[217]) Engisch, S. 9, von Steiger, S. 54 ff.

[218]) Gürtner, das kommende Deutsche Strafrecht bes. Teil, S. 439, zitiert bei Schmidt, S. 13.

Das Interesse in dem hier gebrauchten Sinn drückt eben nicht einen rein materiellen, sondern einen sozialen Wert aus. Um das höhere Interesse bestimmen zu können, muss man daher die einander gegenüberstehenden Interessen auf die soziale Wertebene proicieren.[219]) Aus dem gleichen Grunde, weil es sich hier um einen sozialen Wertbegriff handelt, lehne ich für die Erteilung der behördlichen Bewilligung nach Art. 321 die ausdrückliche Aufstellung der in der RÄO gemachten weitern Voraussetzungen ab, nämlich dass die Offenbarung zur Erfüllung einer Rechtspflicht, einer sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigtem Zweck erfolgen muss. Im Begriff « höheres Interesse » kommt m. E. bereits zum Ausdruck, dass die Offenbarung zur Erreichung eines vom Rechtsempfinden geförderten Ziels dient.[220])

M. E. können sowohl öffentliche[221]) wie auch private[222]) Interessen die Offenbarung rechtfertigen.[223]) Für diese Auffassung stützte ich mich auf die Motive und den Text des Art. 321 StGB. Wie oben ausgeführt[224]), wurden in den Verhandlungen der Kommissionen und der Bundesversammlung verschiedentlich Anträge gestellt, welche die Fülle der straflosen Offenbarung näher umschreiben wollten. Diese Formulierungen brachten z. B. zum Ausdruck, dass bei « höherem Interesse » oder bei « öffentlichem Interesse und berechtigtem Privatinteresse » offenbart werden dürfe. Auch später, als die Entscheidung über die Befreiung von der Schweigepflicht bereits den Behörden übertragen worden war, wurde noch darüber diskutiert, welche Interessen eine Offenbarung rechtfertigen würden. Schliesslich verzichtete man jedoch darauf, die Entscheidungsbefugnis der Behörden einzuengen.[225]) Der Art. 321 ermächtigt demnach die zuständigen Instanzen zur Befreiung von der Schweigepflicht in allen Fällen, in welchen das Interesse

---

[219]) Schmidt, S. 43, 44.

[220]) Meyer-Allfeld, S. 424 ff.

[221]) D 23, 3, 2: rei publicae interest.

[222]) D 17, 2, 65, 5: quod privatum interest.

[223]) Meyer-Allfeld, S. 425, führt zur Erläuterung des § 193 RStGB. aus, dass die in Frage kommenden Interessen nicht die eigenen des Täters sein brauchen. Auch « fremde, sowie allgemeine und öffentliche Interessen » können unter den gegebenen Umständen straflos wahrgenommen werden. Gl. A. Franck § 193, N. 3b. A. A. Olshausen § 193, N. 6c: « Nur eine den Täter selbst nahe angehende Sache » verleiht ihm die Befugnis zur Wahrnehmung von Interessen.

[224]) Vgl. oben, S. 33, 37, 38.

[225]) Vgl. oben, S. 38.

an der Offenbarung höher ist als jenes an der Geheimhaltung. Dabei ist es unerheblich, welcher Art das wertvollere Interesse ist.

Ad 2: Die Offenbarung muss das einzige Mittel zur Wahrung des bedrohten Interesses sein. Durch diese Einschränkung wird dafür Gewähr geboten, dass die Bewilligung nur da erteilt wird, wo ein anderer Ausweg nicht mehr besteht.

Der behördliche Entscheid besteht in der Bewilligung oder in der Ablehnung des Gesuchs. Das Gesetz schreibt für die Bewilligung Schriftlichkeit vor. In der Kommission des Ständerats beantragte seinerzeit[226]) B. R. Baumann, die Schriftlichkeit zu streichen. Iten, welcher ebenfalls Schriftlichkeit vermeiden wollte, fragte, ob die schriftliche Einwilligung vorgängig der Offenbarung erteilt werden müsse. Diese Formvorschrift könne nämlich zu unnötigen Erschwerungen für die Erteilung der Zustimmung führen. In der Abstimmung erklärte sich die Mehrheit für Schriftlichkeit. Es steht somit fest, dass die Bewilligung schriftlich erteilt werden muss. Diese Regelung hat den Vorteil, dass der Schweigepflichtige eine Urkunde über sein Recht zur Offenbarung erhält. Dagegen ist sie in all den Fällen von Nachteil, wo die Preisgabe des Geheimnisses dringlich ist. In der Praxis wird man sich vielleicht damit helfen, dass die Bewilligung zuerst mündlich (telephonisch) gegeben und nachher schriftlich bestätigt wird. Die Ablehnung des Gesuchs ist an keine Form gebunden.

Wird die Offenbarung nicht in dem Umfang bewilligt, wie es im Gesuch verlangt wurde, dann darf nur im behördlich zugestandenen Rahmen ausgesagt werden. Verweigert die zuständige Instanz die Bewilligung, so stehen dem Gesuchsteller diejenigen Mittel gegen den behördlichen Entscheid zur Verfügung, welche das Verwaltungsrecht vorsieht.

Ein materieller Fehlentscheid der zuständigen Behörde beeinträchtigt die Rechtskraft der Bewilligung in der Regel nicht. Beruht dagegen dieser Fehlentscheid auf bewusst falschen Angaben des Schweigepflichtigen, dann kann dieser sich nicht auf die Bewilligung als Strafausschliessungsgrund berufen. Der Vorsatz des Gesuchstellers richtet sich in diesem Fall auf eine rechtswidrige Offenbarung, wobei Konkurrenz mit andern Delikten möglich ist.[227])

---

[226]) Prot. Kom. Ständerat 1936, Bd. 4, S. 293.

[227]) Es ist z. B. denkbar, dass der Gesuchsteller wegen wissentlich falschen Angaben einen Straftatbestand des Verwaltungsrechts erfüllt. Art. 335 eidg. StGB. Vgl. zürch. StGB., § 192, Ziff. 5.

Zum Schluss ist noch die Lage der Geheimnisherrn zu betrachten, deren Geheimnisse wegen der behördlichen Bewilligung straflos offenbart werden können.

Erfolgte sowohl das Gesuch wie auch die Bewilligung einwandfrei, dann kann der Offenbarende nicht strafrechtlich belangt werden. Lässt sich der Schweigepflichtige beim Stellen des Gesuchs etwas zu schulden kommen, so erscheint eine Strafverfolgung nicht als ausgeschlossen, beispielsweise wegen Verleumdung, wenn er der Behörde falsche Angaben über den Geheimnisherrn macht. Möglich ist ferner, dass die entscheidende Behörde strafrechtlich belangt wird. Man denke an die Bestrafung des Amtsmissbrauchs nach Art. 312 StGB.! Die zivil- und verwaltungsrechtlichen Verhältnisse interessieren hier nicht.

§ 3. Zeugnis- und Auskunftspflicht

Art. 321, Ziff. 3, macht einen Vorbehalt zugunsten der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. Eine strafbare Offenbarung des Berufsgeheimnisses liegt demnach nicht vor, wenn jemand in Anwendung der genannten Bestimmungen handelt.

Das Gesetz spricht von Bestimmungen « über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde ». Die beiden Arten von Bestimmungen sollen, wie es auf den ersten Blick scheint, unterschieden werden. Der Unterschied geht rein grammatikalisch aus der Wiederholung der Präposition « über » hervor. Der Zusatz « gegenüber einer Behörde » bezieht sich deshalb nur auf die Auskunftspflicht.

Der Unterschied liegt nicht im Verhalten des Täters, denn dieses besteht in beiden Fällen in der Offenbarung von Berufsgeheimnissen. Der Unterschied liegt vielmehr in der Rechtsquelle, aus welcher die genannten Bestimmungen fliessen. Die Richtigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich aus den parlamentarischen Beratungen. Kuhn[228]) bemerkte: « Es dürfte zweckmässig sein, wenn zum Ausdruck gebracht wird, dass sich hier dieser Vorbehalt des BGes. über Schuldbetreibung und Konkurs auf die Vorschriften über die Auskunftspflicht, bei den Prozessgesetzen auf die Vorschriften über die Zeugnispflicht bezieht ». Seiler[229]) führte aus: « Absatz 3 ist eine Selbstverständlichkeit. Sein Inhalt ergibt sich schon aus der Abgren-

[228]) Prot. Kom. Ständerat 1936, Bd. 4, S. 345.
[229]) Sten. Bull. Nationalrat 1936, S. 796.

zung von materiellem Strafrecht, dass die prozess- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen vorbehalten sind ». Im Kommentar Thormann-von Overbeck wird ebenfalls die Ansicht vertreten, dass die Zeugnispflicht in Vorschriften des Prozessrechts niedergelegt ist[230]) während die Auskunftspflicht « Anzeigen an die Behörden » vorschreibt.[231]) Den gleichen Standpunkt nehmen Egli[232]) und Naville[233]) ein.

Demnach sind die Bestimmungen über die Zeugnispflicht Vorschriften des Prozessrechts und des BGes. über Schuldbetreibung und Konkurs. Die Bestimmungen über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde sind dagegen Normen des Verwaltungsrechts.

Stellt Ziffer 3 eine Bestimmung dar, wonach keine andern als die darin genannten Fälle Straflosigkeit zur Folge haben? Das Gesetz beantwortet diese Fragen nicht. Untersuchen wir also die Motive! Einem Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartements ist zu entnehmen[234]), dass die Strafausschliessungsgründe aller andern einschlägigen Gesetze vorbehalten bleiben. Um Missverständnissen vorzubeugen, schlug daher das Departement eine Formulierung vor, aus welcher folgender Passus erwähnt sei: « Vorbehalten bleiben . . . die Vorschriften eidg. und kant. Prozessgesetze über die Zeugnispflicht sowie die Vorschriften eidg. und kant. Gesetze, die Ausnahmen vom Berufsgeheimnis festsetzen ».

Wettsteins Antrag[235]) ist kürzer gefasst, enthält aber ebenfalls einen Vorbehalt zugunsten « Der Vorschriften eidg. und kant. Gesetze, die Ausnahmen vom Berufsgeheimnis festsetzen ». Wettstein erläutert seinen Antrag: « . . . die andern in eidg. und kant. Gesetzen enthaltenen Einschränkungen des Berufsgeheimnisses bleiben vorbehalten. » Der Ständerat nahm diesen Antrag an. Der Nationalrat hielt ihn jedoch für zu lang und strich kurzerhand den letzten Satz.[236]) Das Rudiment ist die heutige Fassung der Ziffer 3, zu welcher Seiler, der Sprecher der nationalrätlichen Kommission, bemerkte, das die prozess- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen selbstverständlich vorbehalten blieben.

---

[230]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 17.
[231]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 18.
[232]) Egli, Nr. 7/8, S. 103.
[233]) Naville, S. 88.
[234]) Prot. Kom. Ständerat 1936, S. 345.
[235]) Sten. Bull. Ständerat 1936, S. 384.
[236]) Sten. Bull. Nationalrat 1936, S. 796.

Aus den Verhandlungen über Ziff. 3 geht also ganz klar und einwandfrei hervor, dass Art. 321, Ziff. 3, kein Spezialvorbehalt ist, sondern dass weiterhin ein Vorbehalt zugunsten aller eidg. und kantonaler Normen besteht, die eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses machen. Art. 32 StGB. ist also auch hier anwendbar.

Recht auffällig ist es, dass das Gesetz von einer Zeugnis- « pflicht » und einer Auskunfts« pflicht » redet. Daher erhebt sich die Frage, ob darunter eine Pflicht im Rechtssinn verstanden werden soll. Eine weitere Möglichkeit ist nämlich die, dass unter den genannten Bestimmungen ganz allgemein solche Vorschriften zu verstehen sind, welche sich mit der berechtigten Offenbarung befassen.

Diese Frage hat vor allem im Prozessrecht praktische Bedeutung, da viele kantonale Prozessordnungen[237]) für die schweigepflichtigen Berufspersonen keine « Pflicht » zur Offenbarung aufstellen, sondern es dem freien Ermessen der Geheimhaltungspflichtigen überlassen, ob sie ausagen wollen. Je nach der Auslegung von Ziffer 3 kann man in solchen Fällen das Verhalten der offenbarenden Berufspersonen dem Art. 321 subsumieren oder nicht.

Wie oben dargestellt, ist Ziffer 3 nur das Rudiment einer früher sehr ausführlichen Formulierung[238]) über die Straflosigkeit, wenn Rechtsnormen zur Offenbarung berechtigen. Der Gesetzgeber wollte, wie ich vorhin zeigte, eine Bestimmung schaffen, welche einen Vorbehalt zugunsten aller derjenigen eidg. und kant. Gesetze enthalten sollte, welche die Geheimhaltungspflicht einschränken. Der Gesetzgeber hatte, den Verhandlungsberichten nach zu urteilen, die feste Ueberzeugung, eine derartige Bestimmung in Ziffer 3 geschaffen zu haben.[239]) In Tat und Wahrheit formulierte er jedoch derart, dass vom Gesetzestext nur die Bestimmung über die Offenbarungs- « pflicht » erfasst werden. Es handelt sich also, privatrechtlich ausgedrückt, um eine Diskrepanz zwischen Erklärungswillen und Willenserklärung. Wir haben es hier jedoch nicht mit einem Vertrag zu tun, sondern mit einem Strafgesetz. Soll das gelten, was der Gesetzgeber erklärt hat, oder soll das gelten, was er erklären wollte?

Der Rechtssicherheit ist ganz bestimmt besser genüge geleistet, wenn man auf den Wortlaut des Gesetzes abstellt. Das Rechtsempfinden wird durch die sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht

[237]) Aufzählung bei Ulrich, S. 84.
[238]) Vgl. oben, S. 39.
[239]) Vgl. oben, S. 39. Sten. Bull. Ständerat 1936, S. 384, Nat.-Rat 1936, S. 796.

verletzt, weil unsere Bestimmung keine lex specialis ist und daher alle andern eidg. und kant. Einschränkungen des Berufsgeheimnisses vorbehalten bleiben.[240]) Aus diesen Gründen kann das Verhalten des Täters m. E. nur dann der Ziffer 3 des Art. 321 subsumiert werden, wenn dieser in Anlehnung an solche Bestimmungen offenbart hat, welche eine Pflicht zur Offenbarung aufstellen.

Eine weitere Einschränkung für die Anwendbarkeit unserer Bestimmung liegt darin, dass die « Auskunft » an eine « Behörde » erteilt werden muss. Die Pflicht zur Offenbarung an Private fällt nicht unter Ziffer 3. Ich denke hier besonders an die Revisoren, welche in verschiedener Hinsicht mit einer Auskunftspflicht Privaten gegenüber belastet sind.[241]) Die Offenbarung auf Grund der Zeugnispflicht muss dagegen dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend nicht notwendigerweise an Behörden erfolgen. Immerhin dürften Prozessgesetze, welche eine Zeugnisablegung gegenüber Privaten vorsehen, recht selten sein. Es gehört zum Begriff der prozessrechtlichen Zeugnispflicht, dass die Offenbarung vor einer Behörde erfolgt.

Trotz diesen Einschränkungen ist das Anwendungsgebiet von Art. 321, Ziff. 3, recht gross. Die Offenbarungspflicht kann in ganz verschiedenen Formen erfüllt werden. Nicht nur die mündliche Aussage ist denkbar, sondern auch die Offenbarung durch Zugänglichmachen von Gegenständen kommt in Betracht, z. B. durch Herausgabe von Akten oder Röntgenbildern. Die einschlägigen Bestimmungen können so formuliert sein, dass die Pflicht zur Offenbarung entweder für die Allgemeinheit oder nur für einzelne, genau umschriebene Personenkreise besteht. Ersteres kommt häufig im Prozessrecht vor, letzteres findet sich eher im Verwaltungsrecht. Auskunftspflichten bestehen vor allem für den Arzt. Ich erinnere nur an die Anzeigepflicht für gewisse, übertragbare Krankheiten, für verdächtige Todesfälle, für Schwangerschaftsunterbrechungen.[242])

§ 4. Weitere Strafausschliessungsgründe

Art. 321 zählt die Strafausschliessungsgründe nicht abschliessend auf. Daher sind alle andern im Strafrecht anerkannten Strafausschliessungsgründe ebenfalls auf die Offenbarung des Berufsgeheimnisses anwendbar.

---

[240]) Vgl. oben, S. 98. Naville, S. 88.
[241]) Vgl. OR., Art. 729, 908.
[242]) Vgl. Ulrich, S. 62 ff.

Drei Kategorien von Strafausschliessungsgründen werden unterschieden[243]): Schuldausschliessungsgründe, Rechtfertigungsgründe und endlich gewisse andere Strafausschliessungsgründe, welche sich nicht in ein System bringen lassen.

Eine nähere Betrachtung der Schuldausschliessungsgründe erübrigt sich, da diese für den Spezialfall der Verletzung des Berufsgeheimnisses keine besonderen Eigentümlichkeiten aufweisen.

Anders verhält es sich mit den Rechtfertigungsgründen. Die Rechtfertigungsgründe sind in Rechtsnormen niedergelegt, welche ein an sich tatbestandsmässiges strafbares Verhalten rechtfertigen. Damit solche Normen Anwendung finden, ist selbstverständliche Voraussetzung, dass sie dem geltenden Recht angehören. Hervorzuheben ist, dass Rechtsmissbrauch auch hier nicht geschützt wird. Handelt jemand in missbräuchlicher Anwendung einer Rechtfertigungsbestimmung, dann kann er deren Wirkung nicht für sich in Anspruch nehmen, sondern wird wegen der Verletzung des Berufsgeheimnisses bestraft. Von den Rechtfertigungsgründen des eidg. StGB. kommen vor allem die Art. 32, 33 und 34 in Betracht.

Die in Art. 32 genannten Gesetze können bereits für sich allein die Strafbarkeit ausschliessen. Anders verhält es sich mit der Amts-[244]) und Berufspflicht. Die Berufspflichten sind nur zum kleinsten Teil in Rechtsnormen niedergelegt, weshalb ein allgemeiner gesetzlicher Vorbehalt zu ihren gunsten notwendig ist. Offenbarungen aus Berufspflichten sind häufig. Ich erinnere etwa an die Fälle, wo Aerzte ihren Hilfspersonen oder andern Aerzten zwecks Konsultation Mitteilung machen, ferner an Anwälte, die von Wissenschaftlern ein Gutachten einholen und endlich an Aerzte, die sich bei einem Kollegen über einen Patienten informieren.[245]) Die Schwierigkeiten, welche sich bei den Berufspflichtigen ergeben, liegen darin, dass einerseits diese Pflichten nirgends niedergelegt sind und vielfach ändern und dass andererseits die Entscheidung darüber, ob in casu eine Berufspflicht besteht, nicht dem freien Ermessen einer einzelnen Berufsperson oder Berufsgruppe anheim gestellt werden darf. Aus diesen Gründen besteht für die schweigepflichtigen Berufspersonen häufig Unsicherheit über die Existenz und den Umfang der Berufspflichten. Die Berufspersonen können sich nur dadurch voll-

[243]) Hafter, Lehrbuch I, S. 134.
[244]) Humbert, S. 50.
[245]) Garraux, S. 35 f.

ständig vor unliebsamen Ueberraschungen schützen, dass sie die Einwilligung des Geheimnisherrn oder die Bewilligung der vorgesetzten Behörde einholen. Generell lässt sich immerhin feststellen, dass eine Berufspflicht nicht nur dann vorliegt, wenn ein Verhalten für die Berufsausübung im Einzelfall erforderlich ist, sondern auch dann, wenn ein Verhalten sich als die spezifisch auf einen Beruf zugeschnittene Form der Mitarbeit für das gesellschaftliche Wohl darstellt.

Art. 33 und 34 sehen Straflosigkeit vor, wenn es sich um Notwehr oder um die Beseitigung eines Notstandes handelt.

Notwehr liegt z. B. vor, wenn ein Anwalt verleumdet wird und seine Ehre nur durch die Preisgabe eines Berufsgeheimnisses retten kann. Nimmt ein Pfarrer bei seiner Berufsausübung von der drohenden Verurteilung eines Unschuldigen Kenntnis und offenbart daher sein Berufsgeheimnis, dann beseitigt er einen Notstand. Notstand liegt ferner in folgendem Fall vor: Ein Kind soll seiner Tante zur Pflege anvertraut werden, welche wegen einer ansteckenden Krankheit in ärztlicher Behandlung ist. Der Arzt erhält von dem Vorhaben Kenntnis und benachrichtigt die Mutter des Kindes von der drohenden Ansteckungsgefahr.

Von Bedeutung sind ferner die ausserstrafrechtlichen Bestimmungen, welche die Rechtswidrigkeit ausschliessen. Zunächst sind alle diejenigen Prozessgesetze zu nennen, welche die Schweigepflichtigen nicht zur Aussage verpflichten, sondern ihnen ein blosses Recht zur Zeugnisablegung verleihen. Eine andere Auffassung vertreten Thormann[246]) und Egli[247]), welche annehmen, dass der Schweigepflichtige nur mit der Erlaubnis des Berechtigten oder der zuständigen Behörden offenbaren darf, wenn er zur Zeugenaussage nicht verpflichtet, sondern berechtigt ist. Ich halte diese Ansicht für unzutreffend.[248]) Wie oben ausgeführt, bleiben diejenigen Bestimmungen vorbehalten, welche die Offenbarung für erlaubt erklären.[249]) Sieht eine Prozessordnung vor, dass der Arzt schweigen « kann » oder schweigen « darf », so bedeutet dies noch keine Schweige« pflicht ». Vielmehr wird dem Arzt das Recht gegeben,

[246]) Thormann-von Overbeck, Art. 321, N. 17: « Will eine Berufsperson von ihrem Weigerungsrechte keinen Gebrauch machen, so wird sie vor ihrer Aussage die Einwilligung des Berechtigten einholen müssen. »

[247]) Egli, N. 7/8, S. 103.

[248]) Gl. A. Olshausen, § 300, N. 9, Binding I, S. 130, Oppenhof, § 300, N. 9, Ulrich, S. 86.

[249]) Vgl. oben, S. 97.

von seinem Schweige« recht » nicht Gebrauch zu machen und auszusagen. Art. 32 StGB. kommt hier zur Anwendung. Die Aussage ist insbesondere dann angebracht, wenn die Eröffnungen für die Rechtspflege von Bedeutung sind. Ich erachte daher in diesen Fällen die Einwilligung des Berechtigten oder die Bewilligung der vorgesetzten Behörde als nicht erforderlich für die Straflosigkeit einer Offenbarung.

Zu nennen sind ferner die Art. 275, 405 und 406 ZGB. Diese Bestimmungen belasten die Inhaber der elterlichen bzw. vormundschaftlichen Gewalt mit der Aufsichts- und Fürsorgepflicht, für die Gewaltunterworfenen. Die Eltern und Vormünder können diese Pflicht nur erfüllen, wenn sie vom Zustand ihrer Schützlinge genau unterrichtet sind. Damit sie die ihnen nötig erscheinenden Massnahmen treffen können, haben sie ein Recht auf Kenntnis der Verhältnisse der Gewaltunterworfenen. Dieses Recht können sie gegenüber den Schweigepflichtigen geltend machen. In diesem Fall wird die Geheimhaltungspflicht durchbrochen und die Berufspersonen müssen die gewünschte Auskunft erteilen.[250])

Ein gewisses Recht auf Auskunft hat auch der Dienstherr bezüglich des Dienstpflichtigen. Dies gilt vor allem dann, wenn beide

[250]) Ulrich, S. 73: « Soweit es ihnen (d. h. den Eltern oder Vormündern) zur Erziehung ... notwendig erscheint, dürfen sie in die Geheimsphäre der ihrer Gewalt Unterworfenen eindringen. »
Naville, S. 93, vertritt die Auffassung, dass nur, wenn es unbedingt nötig ist und auch dann nur in einer ganz allgemeinen Fassung den Gewaltinhabern Mitteilung gemacht werden darf. Sind die Kinder handlungsfähig, dann ist die Offenbarung von der Einwilligung des Berechtigten abhängig.
Spinner, S. 525, 526, ist der Ansicht, dass die Eltern « nur dann ein Recht auf Teilnahme am Geheimnis haben, wenn sich ihre Fürsorgetätigkeit in einer bestimmten Weise mitwirkend zur Heilung äussern soll und dies ohne Aufklärung unmöglich ist. Ist der Patient urteilsfähig, dann kann er über die Anteilnahme am Geheimnis verfügen. »
Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Giesker, S. 58 ff.: «Solange die Eltern (und Vormünder, S. 63) ein Recht auf Erziehung ihrer Kinder besitzen, solange müssen sie auch ein Recht haben, sich ... überhaupt von all ihren Beziehungen in Kenntnis zu setzen. Und zwar ist dies gerade dort am meisten ihr Recht und ihre Pflicht, wo sich die Kinder ihrer Kontrolle zu entziehen suchen. » Ich schliesse mich Giesker an.
Eine derartig enge Auffassung von den elterlichen Rechten und Pflichten, wie sie von Naville und Spinner vertreten wird, ist m. E. von Uebel. Wie verfehlt diese Auffassung ist, geht aus folgendem Beispiel Spinners hervor: « Der 18jährige Haussohn kann vom Arzte verlangen, dass seinem Vater die Gonorrhöe verschwiegen werde, selbst wenn der Sohn vom Vater zum Arzt gebracht wurde und dieser den Arzt zur Untersuchung beauftragt. » Das Schweigen des Arztes in diesem Fall würde ja nachgerade jede Erziehungsmöglichkeit zu nichte machen, da der Vater in Unkenntnis über den Zustand des Sohnes gelassen wird.

in Hausgemeinschaft leben und der Dienstherr als Vorstand des Haushalts eine erhöhte Verantwortung für die Dienstpflichtigen trägt.[251]) Der Hausherr hat, soweit seine Verantwortung reicht, ein Recht auf Kenntnis der Verhältnisse seiner Schutzbefohlenen.

Das Recht auf Auskunft besteht nur dann und nur in dem Umfang, als die gesetzlich niedergelegten Pflichten nicht ohne die Kenntnis des Berufsgeheimnisses erfüllt werden können.[252]) Die Auskunftsberechtigung ist in diesem Fall weniger weitgehend als bei den Eltern und Vormündern, da diese Personen in einem viel engeren Verhältnis zu ihren Schutzbefohlenen stehen.

Abschliessend ist zu betonen, dass bei der Gewinnung des Rechts zur Offenbarung durch teleologische Auslegung äusserste Zurückhaltung geboten erscheint.[253]) Auch hier sichert sich die Berufsperson am besten durch die Bewilligung der Aufsichtsbehörde.

Die Strafausschliessungsgründe der dritten Kategorie finden sich in ganz verschiedenen Rechtsgebieten. Praktisch am wichtigsten ist wohl die parlamentarische Immunität, zu deren Gunsten Art. 366 einen Vorbehalt macht. Die Immunität gehört ins Staatsrecht. Beispiele lassen sich hier leicht anführen: Ein Redner offenbart im Parlament ein Berufsgeheimnis, um dadurch eine Begründung für seinen Standpunkt zu geben oder um seine Rede mit Beispielen aus dem Leben zu würzen. In diesem Fall kann die parlamentarische Immunität eine Bestrafung des Ratsmitgliedes verhindern.

Denkbar ist ferner eine Offenbarung, welche sich als provozierte Beschimpfung darstellt. Art. 177 II' sieht vor, dass der Richter den Täter von Strafe befreien kann, wenn der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zur Beschimpfung unmittelbaren Anlass gegeben hat. Eine hitzige Berufsperson kann u. U. einem Angreifer mit peinlichen Dingen aufwarten, welche sie bei ihrer Berufsausübung bei dessen Verwandten oder Freunden wahrgenommen hat. Eine Offenbarung in Gestalt des Notwehrexzesses (Art. 33 II) lässt sich dann denken, wenn eine Berufsperson wegen ihrer Berufsaus-

---

[251]) Vgl. Art. 331 ZGB.

[252]) Giesker, S. 62: «Die Hausgenossen ... haben daher auch gegenüber dem Hausgewaltinhaber ein Recht auf Wahrung ihrer Geheimsphäre. Jedoch mit einer Ausnahme: soweit es sich um Tatsachen handelt, deren Kenntnis für die Durchführung der Hausordnung notwendig ist, haben die Hausgenossen ihre Geheimsphäre dem Gewaltinhaber zu öffnen.» Spinner, S. 527, lehnt dagegen jede Offenbarung an den Dienstherrn rundweg ab.

[253]) Spengler, S. 47.

übung angegriffen wird und sich irrigerweise mit Hilfe eingehender Darlegungen ihrer Berufstätigkeit rechtfertigen zu müssen glaubt.

Zum Schluss möchte ich zur Offenbarung bei der Geltendmachung einer *Honorarforderung* Stellung nehmen. Der Fall liegt regelmässig so: Der Schweigepflichtige ist beruflich in Anspruch genommen worden und der Klient weigert sich, das geforderte Honorar zu zahlen. Darf der Schweigepflichtige sein Berufsgeheimnis preisgeben, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs unumgänglich erfordert? M. E. ist die Offenbarung unter der Voraussetzung gestattet, dass sie nur dann und nur in dem Rahmen erfolgt, wie es zur Exekution der Forderung unbedingt nötig ist.[254])

Der Anspruch muss ferner berechtigt sein.[255]) Wollte man die Schweigepflicht in solchen Fällen aufrecht erhalten, dann wäre den Berufspersonen die Einforderung ihres Honorars unmöglich gemacht, « sobald der Klient oder Patient unverschämt genug ist, die Existenz des Honoraranspruchs zu bestreiten.[256]) Es wäre unbillig, wenn der Schuldner den Schutz des Berufsgeheimnisses für sich beanspruchen könnte, um die Forderung der Berufsperson nicht bezahlen zu müssen.[257]) Die gleiche Auffassung vertritt Landsberg[258]), welcher einen Gesetzesartikel verlangt, nach welchem die

---

[254]) Spinner, S. 509. Placzek, S. 121. Spengler, S. 46. Ein Beispiel für den Fall, wo die Offenbarung nicht unbedingt nötig ist, enthält RGSt. Bd. 13, S. 64: « Ein Arzt hatte, um die verleumderischen Behauptungen betr. einer Honorarforderung zu widerlegen, eine Rechnung detaillierter Art auf einem Wirtshaustisch zur Kenntnisnahme aufgelegt. » In der Urteilsbegründung heisst es: der Arzt habe zwar ein Recht gehabt, den nachteiligen Gerüchten entgegenzutreten, « es sei aber zur Erreichung dieser Absicht nicht erforderlich gewesen ... den Lesern der Rechnung die Geschlechtskrankheit der Ehefrau W. kund zu tun. »

[255]) Früh, S. 115: « Wir möchten aber betonen, dass es sich um die Durchführung eines berechtigten Anspruchs handeln muss, den der Beklagte bestreitet. Bestreitet der Beklagte bloss denjenigen Teil des Honoraranspruchs, der eine Ueberforderung darstellt, so darf dieses unberechtigte Interesse niemals dem Anspruch auf Geheimhaltung vorgezogen werden. »

[256]) Früh, S. 115: « ... Das will die Rechtsordnung aber durchaus nicht. Denn sie bietet in der ZPO. diesen Berufspersonen durchaus die gleichen Mittel zur Verfolgung ihrer Ansprüche wie jedermann. Ist zur Verwirklichung des Honoraranspruchs die Offenbarung von Geheimnissen unumgänglich nötig, so erscheint die Offenbarung als rechtmässig. »

[257]) Spengler, S. 46: « Man kann vernünftigerweise dem Arzt nicht zumuten, auf sein Honorar zu verzichten, bloss deshalb, weil er zur Durchsetzung seines Anspruchs die Schweigepflicht brechen muss. »

[258]) Landsberg in DMW. 1907, Nr. 33, S. 149.

Offenbarung nicht unbefugt ist, « soweit sie bei böswilligem Verhalten des Anvertrauenden behufs Rechtsverfolgung gegen diesen notwendig wird ». Den gegenteiligen Standpunkt nimmt Naville[259]) ein: « le médecin ne pourra donner que des renseignements d'ordre général (nombre de visites, dates, opérations etc.) et nous pensons, qu'il honorera sa profession en renonçant à révéler de secrets pour soutenir ses intérêts personnels.[260])

Die hier vertretene Auffassung wird verschieden begründet.[261]) M. E. darf man bei der Honorarverweigerung nicht mit den Bestimmungen über die Notwehr operieren, denn von einem Angriff kann bei der blossen Zahlungsverweigerung keine Rede sein.

Zweifelhaft erscheint mir ferner, ob eine unmittelbare Gefahr für das Vermögen in dem Maße besteht, wie es für die Anwendung des Notstandsartikels Voraussetzung ist.

Die Straflosigkeit der Offenbarung ergibt sich in diesem Fall nicht aus speziellen Gesetzesvorschriften, sondern aus dem Geiste unserer Rechtsordnung. Es handelt sich hier um die Wahrnehmung berechtigter Interessen, welche von der Rechtsordnung geschützt werden, z. B. durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Die Geltendmachung der Schweigepflicht durch den Schuldner würde m. E. einen Rechtsmissbrauch bedeuten. Unsere Rechtsordnung schützt jedoch, wie aus Art. 2 ZGB. klar hervorgeht, den Missbrauch eines Rechtes nicht. Wenn daher der Schuldner wegen der Verletzung des Berufsgeheimnisses eine Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung anstrengen würde, so müsste diese abgewiesen werden, weil der Patient bzw. Klient in einem solchen Fall kein Recht auf Geheimhaltung hat. Da das Recht auf Unterlassung

---

[259]) Naville, Nr. 7/8 1942, S. 95. Naville vertritt offensichtlich die französische Auffassung vom absoluten Geheimnis.

[260]) Eine ähnliche Ansicht wie Naville vertritt Ulrich, S. 117. « Die Verweigerung von Bezahlung des Honorars, Angriffe auf die Berufsehre, müssen ohne Rechtsschutz bleiben, sofern der Arzt nicht zu ihrer Verfolgung das Berufsgeheimnis preisgeben darf. Als objektiv höheres Interesse kann der Anspruch des Arztes auf Verteidigung solcher eigenen Rechte wohl schwerlich bezeichnet werden. »

Humbert, S. 28: « Ebensowenig könnte der Arzt, der sein Honorar einklagt, sich auf die Notwehr berufen, um die Verschwiegenheitspflicht zu übertreten. Die rein passive Stellung des Gegners können wir schlechterdings ebensowenig als einen Angriff auffassen als ein Urteil des Richters. » Humbert begeht den Fehler, diesen Fall dem Notwehrartikel subsumieren zu wollen.

[261]) Kaufmann, S. 368 ff.

der Offenbarung fehlt[262]), darf der sonst Schweigepflichtige aussagen. Diese Aussage ist nicht rechtswidrig, weshalb von einer « Verletzung » der Geheimhaltungspflicht nicht gesprochen werden kann. Mangels Rechtswidrigkeit ist daher die Offenbarung straflos, wenn sie zur Verfolgung eines berechtigten Honoraranspruchs objektiv unerlässlich ist und der Schuldner die Zahlung verweigert.

---

[262]) Der Geheimnisherr kann sein Recht auf staatlichen Schutz des Berufsgeheimnisses verwirken, da er die freie Verfügung über dieses Rechtsgut hat. Vgl. oben, S. 9, 79. Aus dem Antragserfordernis und aus der strafausschliessenden Wirkung der Einwilligung ergibt sich, dass das Geheimnis nicht in jedem Fall und von Amtes wegen geschützt wird im Gegensatz zu andern Rechtsgütern, z. B. Leben, öffentl. Sicherheit usw.

Schlussbetrachtung

Die Systematik des Art. 321 StGB. ist zweifellos richtig. Sie besteht in einer Zweiteilung, welche die Formulierung des Tatbestandes der strafbaren Offenbarung des Geheimnisses von der Formulierung der Strafausschliessungsgründe trennt. Der Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses ist klar gefasst. Die Aufzählung der schweigepflichtigen Berufspersonen genügt den Bedürfnissen. Als Objekt des Rechtsschutzes wird vom Gesetz das Geheimnis bezeichnet. Der theoretische Streit über die Natur des geschützten Interesses wird vielleicht weiter gehen, was aber ohne bedeutende Rückwirkungen auf die Anwendbarkeit des Gesetzes bleibt. Gut umschreibt ferner das Gesetz die Gelegenheiten, bei welchen die geheime Tatsache wahrgenommen werden muss, damit die Geheimhaltungspflicht entsteht.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist als Antragsdelikt formuliert, wobei die Antragsberechtigung nicht näher umschrieben wird. Auf diesem Gebiete kann sich u. U. der Streit über den Begriff des geschützten Rechtsguts praktisch auswirken.[263])

Die Strafdrohung ist so weit gefasst, dass die für die Ahndung einer jeden Geheimnisverletzung genügend Spielraum lässt.

Die Umschreibung der Strafausschliessungsgründe ist teilweise weniger gut gelungen als die Formulierung des Tatbestandes der strafbaren Offenbarung.

Nach Ziff. 2, Art. 321, ist der Täter straflos, wenn er vor der Offenbarung die Einwilligung des Berechtigten oder die Bewilligung der vorgesetzten Behörde bzw. Aufsichtsbehörde eingeholt hat.

Die Person des Berechtigten wird im Gesetz nicht umschrieben. Sie lässt sich jedoch, wie oben gezeigt[264]), verhältnismässig leicht eruieren. Immerhin können sich auch auf diesem Gebiete die Einflüsse der verschiedenen Rechtsguttheorien bemerkbar machen. Eine glückliche Neuerung des eidg. Strafgesetzes ist, dass die Be-

[263]) Vgl. oben, S. 78. Spengler, S. 36.

[264]) Vgl. oben, S. 84. Schmalzl, S. 62, Wolff, S. 45, Ulrich, S. 101.

willigung der vorgesetzten Behörde strafausschliessend wirkt. Zu Recht überlässt das Gesetz die Bezeichnung der vorgesetzten Behörde dem kantonalen bzw. dem eidgenössischen Recht.[265])

Art. 321, Ziff. 3, macht einen Vorbehalt zugunsten der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. Solch ein Vorbehalt ist überflüssig, da er selbstverständlich ist. Mit Recht wurde zwar im Nationalrat darauf hingewiesen[266]), dass es nichts schade, wenn ein Gesetz auch einmal etwas Selbstverständliches sage. Dabei entsteht jedoch die Gefahr, dass das Selbstverständliche nicht einwandfrei formuliert wird. Ist dies der Fall, dann ergeben sich sofort Missverständnisse und Schwierigkeiten in der Auslegung. Der Leser des Gesetzes ist sich dann im Unklaren darüber, ob nun wirklich das Selbstverständliche gelten soll oder ob das Gesetz eine Besonderheit begründet. Dieser Gefahr ist das eidg. Strafgesetz bei der Formulierung der Ziff. 3 zum Opfer gefallen. Das Resultat, welches sich aus dieser Formulierung ergibt, wurde bereits gezeigt.[267])

Abschliessend kann man feststellen, dass die vom Gesetzgeber getroffene Regelung recht befriedigend ist. Bisher waren strafrechtliche Beurteilungen auf diesem Gebiet selten und es ist zu hoffen, dass sich die Verhältnisse nicht ändern werden.

---

[265]) Vgl. oben, S. 90.

[266]) Sten. Bull. Nationalrat 1936, S. 796.

[267]) Vgl. oben, S. 98, 99.
Naville, S. 88, bemerkt zu Ziff. 3 des Art. 321: « cela est déjà quelque chose, mais nous paraît insuffisant. ... le législateur a donc eu tort à notre avis de limiter aussi étroitement les dérogations légales admises. Mais il y a heureusement dans le même Code deux excellents articles 32 et 34 qui corrigent cette erreur ... »

Literaturverzeichnis

Allfeld	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1922.
Bergfeld	Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Recht und den neuen Strafgesetzentwürfen, Tübingen 1930.
Binding	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1902.
Börlin	Die Bedeutung und Tragweite von Art. 285 II des Entwurfs zu einem Schweiz. StGB., Basel 1931.
Bossi	Protezione del secreto professionale, in ZSR. 1924.
Burckhardt	Kommentar z. Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931.
Burckhardt	Schweizerisches Bundesrecht.
Chauveau, Faustin Hélie et Villey	Théorie du code pénal, Paris 1887.
Comtesse	Begriff u. Schutz des Berufsgeheimnisses, in Schweiz. Ztschr. f. Strafrecht. 1942.
Ebermayer	Der Arzt im Recht, Leipzig 1930.
Egli	Der Arzt und das Schweiz. StGB., in Schweiz. Aerztezeitung 1942.
Egli	Kantonale Ausführungsbestimmungen zu Art. 120 StGB., in Schweiz. Aerztezeitung 1942.
Egli	Die Pflicht des Arztes zur Anzeige von Verbrechen, in Schweiz. Aerztezeitung 1942.
Egli	Die den Arzt angehenden Bestimmungen d. Schweiz. StGB., in Schweiz. Aerztezeitung 1942.
Exner	Das Berufsgeheimnis des Arztes gemäss § 300 RStGB. Heidelberg 1909.
Finger	Der Geheimnisbruch, in Vergl. Darstellung des Deutschen und des ausl. Strafrechts, Berlin 1906.
Franck	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1926.
Früh	Die strafbaren Pflichtverletzungen des Anwalts, Zürich 1910.
Garraux	Gegenseitige Auskunftserteilung unter Kollegen, in Schweiz. Aerztezeitung 1943.
Giesker	Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre Zürich 1904.
Günther	Die Verschwiegenheitspflicht d. Arztes, Rostock 1894.
Guhl	Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1937.
Hafter	Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines Schweiz. StGB., Bern 1908.
Hafter	Bibliographie, Bern 1912.
Hafter	Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts, Berlin 1926/37.
Hiestand	Rechtsfragen des Arztes, Zürich 1936.
Hippe	Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 RStGB., in Goltdammers Archiv, Bd. 46, 1898.

Humbert	Das ärztliche Berufsgeheimnis, Zürich 1912.
Jellinek	Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts, in Monatsschrift f. Krim.-psych. 1907.
Kallfelz	Fragen aus dem Gebiet der ärztlichen Schweigepflicht, in ärztl. Sachverständigenzeitung 1942.
Kast	Die ärztliche Schweigepflicht, in ärztl. Sachverständigenzeitung 1942.
Kaufmann	Strafbare und straflose Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses, in Schweiz. Ztschr. f. Strafr. 1915.
Keller	Gesundheitspolitische Vorschriften im Hebammenberuf, in Schweiz. Aerztezeitung 1942.
Keller	Arzt und Charlatan, in Schweiz. Aerztezeitung 1943.
Lanz	Die öffentl.-rechtl. Stellung der Medizinalpersonen im Kanton Bern, Bern 1927.
Lehmann	Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Recht und den neuen Entwürfen, Tübingen 1932.
Liebmann	Die Pflicht des Arztes zur Wahrung anvertrauter Geheimnisse, Berlin 1890.
Liszt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1890.
Meyer-Allfeld	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1903.
Mittermaier	Gutachten über § 300 RStGB., in Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1901.
v. Muralt	Das ärztliche Berufsgeheimnis, Zürich 1903.
Naville	La réglementation du secret prof. méd. d'après les dispositions du nouveau c. p. S., in Aerztezeitung 1942.
Olshausen	Kommentar z. Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, Berlin 1900.
Oppenhof	Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, Berlin 1901.
v. Overbeck	Der Schutz des Privatgeheimnisses, in ZSR. 1924.
Placzek	Das Berufsgeheimnis des Arztes, Leipzig 1898.
Rennefahrt	Das Anwaltsgeheimnis, in SJZ. 1922/23.
Rex	Geheimnisbruch nach § 300 RStGB., Leipzig 1916.
Sauter	Das Berufsgeheimnis u. sein strafrechtlicher Schutz, in strafr. Abhandlungen H. 123, 1910.
Sauter	Geschichte und Zweck des Berufsgeheimnisses, München 1909.
Scherrer	Begriff und Bedeutung der Berufspflicht im Strafrecht, Bern 1938.
Schmalzl	Der Schutz des Privatgeheimnisses, Erlangen 1927.
Schmid	Die rechtl. Stellung des Apothekers in der Schweiz, Zürich 1918.
Schmidt	Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1930.
Schmidt	Der Schutz des Fabrik- und Geschäftsgeheimnisses, in ZSR. 1930.
Segesser	Das ärztl. Geheimnis, in Schw. Ztschr. f. Unfallkunde 1924.
Seréxhe	Die Verletzung fremder Geheimnisse, Freiburg 1906.
Schollenberger	Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweiz. Kantone, Zürich 1899.
Spengler	Die Grenzen der ärztl. Schweigepflicht, Erlangen 1932.

Spinner	Aerztliches Recht, Berlin 1914.
Spinner	Die öffentl.-rechtl. Stellung des Arztes, Zürich.
Stähelin	Der Schutz des ärztl. Berufsgeheimnisses, Basel 1927.
Stangl	Der Geheimnisbruch durch Rechtsbeistände, Erlangen 1912.
v. Steiger	Der strafrechtl. Schutz des Berufsgeheimnisses, Bern 1934.
Stooss	Bericht über d. Vorentwurf zu einem Schweiz. StGB. nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1899.
Stooss	Grundzüge d. Schweiz. Strafrechts, Basel/Genf 1893.
Stooss	Die Schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel/Genf 1890.
Streuli	Kommentar z. Ges. betr. zürcherische Rechtspflege, Winterthur 1883/93.
Thormann-v. Overbeck	Kommentar zum Schweiz. StGB., Zürich 1940/41.
Ulrich	Das ärztl. Geheimnis nach Art. 285 des Entwurfs zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch, Zürich 1934.
Wachenfeld	Lehrbuch des Strafrechts, München 1914.
Wenger	Prozesshandlungen v. Nichtanwälten, in ZBJV. 1942.
Werner	Le secret professionel, Genf 1907.
Wolff	Der strafrechtl. Schutz des Berufsgeheimnisses, Heidelberg 1908.
Zangger	Die ärztliche Schweigepflicht, Zürich 1915.
Zorn/Gareis	Staat und Kirche in der Schweiz, Zürich 1878.
Zürcher	Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920.
Zürcher	Erläuterungen zum Vorentwurf, Bern 1911.
Zürcher	Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen eines Schweiz. Strafgesetzbuches, Bern 1924.
Handwörterbuch der Schweiz. Volkswirtschaft.	Bern 1901.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften.	Jena 1924.
Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch.	Verlag Schulthess, Zürich 1930.
Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch.	Verlag Stämpfli, Bern 1914.
Rechenschaftsbericht des zürcherischen Obergerichts.	Zürich 1942.
Staatslexikon hg. von Sacher. 5. Aufl.	Freiburg 1926.
Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts.	Tübingen 1911.

Amtliches Material

Botschaft des Bundesrates vom Juli 1918.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.

Kantonale Strafgesetzbücher.

Kantonale und eidg. Prozessordnungen.

Kantonale Verwaltungsvorschriften, wie Hebammenverordnung, Weisungen für die Unterbrechung der Schwangerschaft, Reglemente für die Berufsausübung etc.

Protokolle der Expertenkommissionen.

Protokolle der parlamentarischen Komissionen.

Schweizerisches Strafgesetz und kant. Einführungsgesetze.

Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.